

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA-UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO-DIR
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO-CPGD**

O DIREITO DOS TRANSEXUAIS AO NOME E AO SEXO PSÍQUICO

Raimundo Siqueira Ribeiro

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

Orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

**FLORIANÓPOLIS (SC)
AGOSTO DE 2001**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA-UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO-DIR
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO-CPGD

A PRESENTE DISSERTAÇÃO, INTITULADA O DIREITO DOS TRANSEXUAIS
AO NOME E AO SEXO PSÍQUICO

ELABORADA POR RAIMUNDO SIQUEIRA RIBEIRO

E APROVADA POR TODOS OS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA
COMPOSTA PELOS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, FOI JULGADA
ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE **MESTRE EM DIREITO**.

FLORIANÓPOLIS (SC), AGOSTO DE 2001.

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES
ORIENTADOR

PROF. DR. LUIZ OCTÁVIO PIMENTEL
MEMBRO

PROF. DR. THAIS LUZIA COLAÇO
MEMBRO

PROF. DRa .
Coordenador do CPGD/UFSC

Olga M. A. de Oliveira

Até o fim

Não, não pares.
É graça divina
começar bem.
Graça maior,
persistir na caminhada certa
manter o ritmo...
Mas a graça das graças
é não desistir.
Podendo ou não podendo,
caindo, embora, aos pedaços,
chegar até o fim...

Dom Hélder Câmara

AGRADECIMENTOS

A

VOCÊ

que contribuiu, mesmo que tenha sido com um só grão de mostarda, para a concretização deste ideal, de todo coração, meu muitíssimo obrigado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
I O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO BEM DE TODOS SEM QUAISQUER FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO E A SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE INDIVIDUAL	13
1 CONCEITO DE INDIVÍDUO E DE LIBERDADE INDIVIDUAL.....	13
1.1 Escorço Histórico.....	13
1.1.1 No Mundo	13
1.1.2 No Brasil	18
2.1 Categorias	20
1.2.1 Conceito de Indivíduo	21
1.2.2 Conceito de Liberdade Individual.....	22
1.2.3 Direitos Individuais	23
2 CONCEITO DE PERSONALIDADE	25
3 EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS QUE A CONSTITUIÇÃO OFERECE	27
3.1 Pela Jurisdição Constitucional das Liberdades.....	27
3.2 Sob a Ótica do Garantismo	30
3.2.1 Visão Geral	30
3.2.2 As Quatro premissas do Garantismo.....	33
3.2.3 À luz dos princípios constitucionais.....	34
II A MUDANÇA DE SEXO DO PONTO DE VISTA MÉDICO	39
1 CONCEITO DE SEXO E SUA CLASSIFICAÇÃO	39
1.1 Sexo Biológico	40
1.1.1 Sexo Cromossômico	41
1.1.2 Sexo Cromatínico	42
1.1.3 Sexo Endócrino	42
1.2 Sexo Psíquico	43
1.2.1 Sexo Educacional ou de Formação	43
1.3 Sexo Civil	44
2 TRANSTORNOS DO INSTINTO SEXUAL	50
2.1 Intersexualismo	50
2.2 Homossexualismo	52
2.3 Bissexualismo	52
2.4 Travestismo	53
2.5 Transexuaiismo	54
3 TÉCNICAS CIRÚRGICASNA CONVERSÃO DO MASCULINO PARA O FEMININO	57

4	TÉCNICAS CIRÚRGICAS NA CONVERSÃO DO FEMININO PARA O MASCULINO	59
5	CONSEQUÊNCIAS BIOPSÍQUICAS	60
III	A COMPATIBILIZAÇÃO DA MUDANÇA DE SEXO COM O DIREITO AO NOME E AO SEXO LEGAL	62
	1 O ASPECTO PSICANALÍTICO.....	62
	2 O ASPECTO JURÍDICO.....	68
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
	BIBLIOGRAFIA.....	84
	ANEXOS.....	92
	ANEXO A - Anteprojeto.....	92
	ANEXO B - Resolução CRM nº1.482/97.....	95
	ANEXO C - Artigo de Luiz Flávio Borges D'Urso.....	99
	ANEXO D - Acórdão da Quinta Câmara da Seção de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	106

RESUMO

A busca incessante de adequação do sexo anatômico ao sexo psíquico é a angústia diária dos que padecem da síndrome transexual. Ante a ausência de identidade sexual ou de gênero, composta por elementos conscientes e inconscientes, vê-se aí a figura da “disforia de gênero”. Na presente dissertação buscou-se uma análise das diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais e da posição legislativa sobre o assunto, sem a preocupação de perquirir-se sobre a posição favorável ou não ao tema abordado, mesmo quando a opinião expendida pretendia negar o óbvio. Passos importantes foram constatados, desde a Resolução do Conselho Federal de Medicina de 1997, que autorizou “a título experimental”, a realização de “neocolpovulvoplastia e neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo”, restringindo-as, contudo aos “hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa”, até decisões recentes de Tribunais Pátrio que autorizaram a adequação do sexo civil ao sexo redesignado, bem como a mudança do nome, evitando-se destarte, que o submetido à cirurgia de redesignação de sexo, pela inadequação entre o sexo redesignado e o sexo jurídico fique exposto à discriminação, ao ridículo e ao escárnio público de mentes incapazes de conviver com as diferenças. Modificados o nome e sexo no registro civil, cabe ao ordenamento jurídico assegurar ao redesignado o exercício pleno dos seus direitos à vista do novo sexo jurídico, cobrando-lhe, em contrapartida, os seus deveres. A vida do redesignado sexualmente será vivida no seio da sociedade, em constante inter-relacionamento que envolverá desde o direito de vizinhança até o envolvimento afetivo, cabendo às partes envolvidas uma convivência harmônica e despreconceituosa de ambos os lados, até que, quebrada essa harmonia, chegue a um Poder Judiciário despidido de preconceitos, capaz de solucionar os conflitos daí decorrentes, sob a ótica garantista dos direitos e garantias fundamentais. Apresenta-se, em anexo, proposta de anteprojeto legislativo que busca materializar, na amplitude condizente com o ser humano e o seu tempo, o transexualismo e suas repercussões no âmbito do Direito.

RESUMEN

La búsqueda incesante de adecuación del sexo anatómico al sexo psíquico es la angustia diaria de los que sufren de la síndrome transexual. Ante la falta de identidad sexual o de género, compuesta por elementos conscientes e inconscientes, se ve ahí la figura de la "disforia de género". En la presente disertación, se buscó un análisis de las muchas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales y de la postura legislativa sobre el asunto, sin la preocupación de inquirirse respecto a la postura favorable o no al tema abordado, aun cuando la opinión expandida pretendía negar lo obvio. Pasos importantes fueron constatados, desde la Resolución del Consejo Federal de Medicina de 1997, que autorizó, en carácter experimental, la realización de "neocolpovulvoplastia y neofaloplastia y otros procedimientos complementares sobre gónadas y caracteres sexuales secundarios como tratamiento de los casos de transexualismo", restringiéndolas, no obstante, a los "hospitales universitarios o hospitales públicos adecuados a la investigación" hasta decisiones recientes de Tribunales Patrios que han autorizado la adecuación del sexo civil al sexo redesignado, así como el cambio de nombre, evitando, de esa manera, que el sometido a la cirugía de redesignación de sexo, por la inadecuación entre el sexo redesignado y el sexo jurídico, se quede expuesto a la discriminación, al ridículo y al escarnio público de mentes incapaces de convivir con las diferencias. Cambiados el nombre y sexo en el registro civil, cabe al ordenamiento jurídico garantizar al redesignado el ejercicio pleno de sus derechos ante el nuevo sexo jurídico exigiéndole, en cambio, sus deberes. La vida del redesignado sexualmente será vivida en el seno de la sociedad, en constante interrelación involucrándose desde el derecho de vecindad hasta la convivencia armónica y desprejuiciosa de ambos lados, hasta que, rota esa armonía, llegue a un Poder judicial exento de prejuicios, capaz de solucionar los conflictos de ahí derivados, bajo la óptica garantista de los derechos y garantías fundamentales. Se presenta, en anexo, propuesta de anteproyecto legislativo que busca materializar, en la amplitud condiziente con el ser humano y su tiempo, el transexualismo y sus repercusiones en el ámbito del Derecho.

INTRODUÇÃO

Se dissertação para os léxicos é “um breve tratado sobre qualquer tema especulativo ou de aplicação”, tem a presente como “*meta optata*” expor sob a ótica da interdisciplinaridade o fenômeno do transexualismo.

Se “disforia” é, também, mal-estar, logo, o transexual é o ser humano que traz em seu estado psíquico um mal-estar intenso e profundo com o seu sexo anatômico, padecendo, assim, da denominada “disforia de gênero”.

Seria a transexualidade um fenômeno deste início de século? Não. Poder-se-ia dizer que já nos primórdios do século XX, a Medicina começou a melhor estudar a sexualidade humana no intuito de melhor entender os caracteres primários: a) femininos: útero, trompas, ovários, vagina, pequenos e grande lábios, clitóris e hímen; b) masculinos: testículos, bolsa escrotal, pênis. E caracteres secundários: a) femininos: timbre de voz, mamas, docilidade, ciclos menstruais, diâmetro bitrocantérico maior que o biescapular, distribuição pilosa (púbios), distribuição gordurosa; b) masculinos: distribuição pilosa, voz, barba, ejaculação, diâmetro pélvico menor que o acromial, distribuição gordurosa, agressividade. Essas pesquisas ensejaram a constatação de que o sexo não se constitui apenas dos órgãos genitais externos, mas de uma série de órgãos responsáveis pela identificação do masculino e feminino.

Na presente dissertação não se pretende traçar apenas os caracteres primários sexuais e secundários do ser humano, mas busca-se especular sobre as garantias que o Direito deve propiciar ao ser humano, homem ou mulher, na busca do direito de ser feliz, sob a ótica garantística, fulcrado nos princípios constitucionais “da dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º, inciso III), “da promoção do bem-estar de todos [...] sem quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, inciso IV), do direito individual à “inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,...”(CF, art. 5º, inciso X).

Enquanto a Medicina vem solucionando o mal-estar psíquico do transexual, adequando o seu sexo morfológico e aparência humana em conformidade com o seu sexo psíquico, não pode o Direito fazer “ouvido de mercador” à necessidade de compatibilização do sexo jurídico do transexual submetido à cirurgia de redesignação de sexo à sua nova morfologia, mormente quando a lei maior, ao fixar os fundamentos do Estado brasileiro, elegeu “o respeito à dignidade da pessoa humana” como um dos pilares basilares da República.

Diante de tais princípios, a temática da dissertação não poderia se afastar da pretensão de ver assegurado ao ser humano no Brasil, não só sob os fundamentos médicos e jurisprudenciais, estes mais recentes:

1. o direito a submeter-se à cirurgia de redesignação sexo;
2. o direito de ver o seu sexo jurídico adequado à sua nova conformação morfológica, com alteração do nome e da designação

sexual no registro civil, sem qualquer restrição ou observação discriminatória;

3. o direito ao casamento, assegurando-se ao outro cônjuge a faculdade de pleitear a anulação do casamento se ignorada a condição de redesignado sexual do outro contraente;
4. o direito a não sofrer qualquer restrição sobre os filhos havidos durante o casamento, quando a designação for superveniente a este e o outro cônjuge não concordar com a manutenção da sociedade conjugal;
5. assegurar aos transexuais, intersexuais e hermafroditas submetidos à cirurgia de redesignação ou correção de sexo os direitos e obrigações advindos do seu novo estado sexual.

É necessário que normatização legislativa infraconstitucional se firme nos princípios basilares da lei maior, norteadores do garantismo.

Em face do projeto de pesquisa apresentado e aprovado, a presente dissertação ficou dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo, será feita uma abordagem sobre o princípio constitucional do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação e a sua relação com a liberdade individual.

No segundo capítulo, abordar-se-á a mudança de sexo sob o ponto de vista médico, apresentando-se uma classificação de sexo sob os aspectos: genético (cromossômico e cromatínico), endócrino (gonadal e extragonadal), morfológico (morfológico propriamente dito e dinâmico ou copulativo),

psicológico e jurídico, bem como as técnicas utilizadas para a realização de cirurgia de redesignação, tanto na conversão do masculino para o feminino, quanto do feminino para o masculino.

No terceiro capítulo, numa discussão mais detida, far-se-á uma análise sobre a compatibilização da mudança de sexo com direito ao nome e ao sexo compatível com o seu sexo psíquico.

Por fim, apresentar-se-á uma proposta legislativa infraconstitucional específica (ANEXO A), buscando a viabilização de nome e a redesignação do sexo jurídico dos transexuais submetidos à cirurgia de redesignação de sexo, como forma de integração social dos transexuais.

O método de abordagem foi o hipotético-dedutivo, enquanto o procedimental é monográfico e a técnica de pesquisa é bibliográfica e documental.

Não se pode ignorar a realidade exposta nesta pesquisa e o Direito, nos seus diversos regramentos, precisa amparar a pretensão de tais indivíduos, não somente no aspecto patrimonial, mas também da personalidade e da dignidade da pessoa humana, escoimando-as de quaisquer formas de discriminação.

I O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO BEM DE TODOS SEM QUAISQUER FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO E A SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE INDIVIDUAL

1 CONCEITO DE INDIVÍDUO E DE LIBERDADE INDIVIDUAL

Antes de adentrar no conceito de indivíduo e liberdade individual, faz-se necessário abordar as diversas gerações de Direito.

1.1 Escorço histórico

1.1.1 No Mundo

Embora haja divergência a respeito do assunto, insta tecer comentários sobre a origem dos direitos relativos ao ser humano.

Talvez a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns ao ser humano, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família,

prevendo igualmente a supremacia em relação aos governantes, seja o Código de Hamurabi (1690 a.C.).¹

A influência filosófico-religiosa nos direitos do ser humano pôde ser sentida já 500 a.C., com a propagação das idéias de Buda, basicamente sobre a igualdade do ser humano.² Já em seguida, de forma mais coordenada, os gregos dizem sobre a necessidade da igualdade e da liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles).³

Nessa discussão ainda aparece Sófocles, com sua obra ANTÍGONA, na qual prega a existência de um direito natural, não escrito, e anterior e superior às leis escritas, imutáveis e, por ser de origem divina, superior à lei dos homens.⁴

Entretanto, foram os romanos que mais contribuição deram nesse período, por terem trazido a Lei das Doze Tábuas, considerada por muitos a base de todo o Direito público e privado. Nela, as classes inferiores (plebeus) foram protegidas dos abusos legais da classe dominante (patrícios), especialmente no que tange aos débitos.⁵

¹ CÓDIGO DE HAMURABI, São Paulo: Edipro, 2000. p. 11-44.

² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.

³ Id., Ibid.

⁴ SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donaldo Schüler, Porto Alegre: L&PM, 2001. p. 36.

⁵ LEI DAS XII TÁBUAS. São Paulo: Edipro, 2000. p. 135-160.

A forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo⁶ com a mensagem de igualdade de todos os homens, seja qual for a origem, a raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, como necessários à dignidade da pessoa humana.⁷

A *Magna Carta* inglesa (1215-1225), erigida em símbolo das liberdades públicas, foi a mais célebre das cartas de franquias medievais, trazendo os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais.⁸

Em 1628, na *Petição de Direitos* (*Petition of Rights*, 1628) que era dirigida ao rei, os membros do parlamento pediam a observância de direitos e liberdades para os súditos, mas esses direitos já estavam reconhecidos na própria Carta Magna.⁹

O *Habeas Corpus Act.* de 1679 foi um meio de garantir a liberdade individual, suprimindo as prisões arbitrárias, prevendo que aquele que voltasse

⁶ Segundo José Afonso da Silva, “(1) O pensamento cristão como fonte remota, porque, na verdade, a interpretação do cristianismo que vigorava no século XVIII era favorável ao *status quo* vigente, uma vez que o clero, especialmente o alto clero, apoiava a monarquia absoluta, e até oferecia a ideologia que a sustentava com a tese da origem divina do poder; o pensamento cristão vigente, portanto, não favorecia o surgimento de uma declaração de direitos do homem; o cristianismo primitivo, sim, continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da *dignidade eminente da pessoa humana*, porque o homem é uma criatura formada à imagem de Deus, e esta dignidade pertence a todos os homens sem distinção, o que indica uma *igualdade fundamental de natureza entre eles*; há, no entanto, ‘quem afirme que o cristianismo não supôs uma mensagem de liberdade, mas, especialmente, uma aceitação conformista da escravidão humana’”; (*Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 177-8).

⁷ MORAES. op. cit., p 25.

⁸ SILVA, op. cit., p 155-156.

⁹ Id., ibid.

a prender pelo mesmo fato o indivíduo que tivesse conseguido a soltura pagaria uma multa de 500 libras.¹⁰

A Declaração de Direitos - *Bill of Rights*, de 1689, significou uma enorme restrição ao poder estatal, surgindo daí a Monarquia Constitucional da Inglaterra, submetida à Soberania Popular, que teve em Locke seu principal teórico.¹¹

A Declaração de Direitos de Virgínia, 1776, proclamava as bases dos direitos do homem, tais como: direito à vida, à liberdade e à propriedade. Além destes, outros direitos fundamentais foram expressamente previstos, como: princípio da legalidade, devido processo legal, liberdade de imprensa e liberdade religiosa.¹²

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América teve como tônica preponderante a limitação do poder estatal. Nesse compasso, ela reconheceu os direitos inalienáveis de todos os homens, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.¹³

A Constituição dos Estados Unidos da América aprovada em 17 de setembro de 1787, e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 1791, pretendiam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes e diversos direitos fundamentais, tais como: liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal, julgamento por Tribunal do Júri imparcial;

¹⁰ MORAES, op. cit., p. 26.

¹¹ SILVA, op. cit. p. 157.

¹² SILVA, op. cit., p. 157-159.

¹³ MORAES, op. cit., p. 27.

ampla defesa; direito de propriedade; proibição da escravatura; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes; direito de voto para todos, inclusive, para as mulheres e irretroatividade das leis.¹⁴

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, com dezessete artigos, previa importantíssimos direitos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.¹⁵

A Constituição mexicana de 1917 passou a garantir direitos individuais com fortes tendências sociais, tais como direitos trabalhistas. Sistematizou os direitos sociais, todavia, sem quebrar o elo de ligação com o regime capitalista.¹⁶

A Constituição de Weimar, de 1919, com a rubrica dos *Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães*, incluía os direitos da pessoa individual, os direitos relacionados com a vida social, os direitos relacionados com a religião e com a igreja, com a educação e ensino e os referentes à vida econômica. Além de consagrar direitos tradicionais, como propriedade, sucessão e liberdade contratual, essa Constituição demonstrava fortes espíritos de defesa dos direitos sociais.¹⁷

¹⁴ SILVA, op. cit., p. 159-161.

¹⁵ MORAES, op. cit., p. 28.

¹⁶ SILVA, op. cit., p. 164.

¹⁷ Id., ibid.

A Constituição Soviética do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, visava a suprimir toda a exploração do homem pelo próprio homem, a abolir completamente a divisão social em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países.¹⁸

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é prova da maior afirmação dos direitos humanos, sendo, ao mesmo tempo, universal e positiva, reconhecendo solenemente: *a dignidade da pessoa humana*, como base da liberdade, da justiça e da paz; *o ideal democrático* com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de *resistência à opressão*; por fim, a *concepção comum desses direitos*. Tudo isso se contém em *trinta artigos* e em uma introdução com *sete considerandos*.¹⁹

1.1.2 No Brasil

A Constituição Política do Império de 1824 possuía 35 incisos em seu artigo 179 e previa um extenso rol de direitos humanos fundamentais. Podem ser citados: princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente, fiança,

¹⁸ SILVA, op. cit. p. 165.

¹⁹ Idem, p. 167.

princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do juiz natural e livre acesso aos cargos públicos.²⁰

A Constituição Republicana de 1891, além dos tradicionais direitos consagrados na Constituição anterior, previa, entre outros: ampla defesa, abolição da pena de morte, *habeas corpus*.²¹

A Constituição de 1934 manteve o rol de direitos fundamentais, acrescentando, ainda, outros, tais como: ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada, assistência jurídica gratuita, mandado de segurança e ação popular.²²

A Constituição de 1937, apesar das características políticas preponderantes à época, trouxe como novidade a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, restringindo, por outro lado, direitos já consagrados em Cartas anteriores, vez que ampliou a possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares, e instituiu um Tribunal Especial para julgar os crimes que atentarem contra a segurança nacional.²³

A Constituição de 1946, além de prever um capítulo específico de direitos e garantias individuais, estabeleceu direitos sociais relativos a trabalhadores e empregados, com títulos especiais para a proteção à família, educação e cultura.²⁴

²⁰ Cf. MORAES, op. cit., p. 32.

²¹ Id., *ibid.*

²² Id., *ibid.*

²³ Id., *ibid.*

²⁴ Id., *ibid.*

A Constituição de 1967 previa um capítulo de direitos e garantias individuais e, no seu artigo 158, previa direitos sociais aos trabalhadores, buscando propiciar-lhes a melhoria de suas condições de vida. Seguiu a anterior no que concerne aos direitos fundamentais, com enumeração exemplificativa.²⁵

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, possibilitando excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, muito embora não contivesse em seu bojo nenhuma *alteração formal* digna de nota na enumeração dos direitos humanos fundamentais.²⁶

A atual Constituição traz a previsão da Declaração Universal dos Direitos do Homem, além de outros já que é a mais avançada nessa área, recebendo inclusive o título de Constituição Cidadã.

1.2 Categorias

Na visão de José Afonso da Silva,²⁷ este tema é discutido por vários autores sob óticas que mais confundem que explicam. Entretanto, entende que, do ponto de vista positivo, a classificação que deles se faça há que se conformar ao ordenamento jurídico ou internacional de que se cogita.

Apresenta-se a divisão citada por ele:

²⁵ MORAES, id., *ibid.*

²⁶ Id., *ibid.*

²⁷ SILVA, op. cit., p. 185-186.

- direitos individuais (art. 5º);
- direitos coletivos (art. 5º);
- direitos sociais (arts. 6º e 193 et seq.);
- direitos à nacionalidade (art. 12);
- direitos políticos (arts. 14 a 17).

Existem ainda os direitos econômicos que podem ser discutidos dentro da ordem econômica e financeira estabelecida nos arts. 170 a 192.

Após este esforço histórico e a nominação das diversas categorias de direitos, far-se-á uma digressão sobre os direitos individuais, eis que os demais fogem ao objeto do presente trabalho.

1.2.1 Conceito de Indivíduo

O Indivíduo é o ser humano,²⁸ considerado apenas sob o ponto de vista físico.²⁹

Portanto, o indivíduo é o ser humano considerado isoladamente, de maneira autopoiética,³⁰ ou seja, considerado como um fim em si mesmo.

Para Washington de Barros Monteiro,

Pessoa é o ente físico ou moral suscetível de direito e obrigações. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito e sujeito de

²⁸ Muito embora o autor afirme que “*O Indivíduo é o homem*”, o conceito foi adaptado com a troca da expressão “*homem*” por “*ser humano*”, que tem maior abrangência, porque, açambarca todo o gênero humano.

²⁹ NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. Benfica: Borsoi, 1940. p. 372.

³⁰ Para uma melhor análise sobre a expressão, conferir a obra de CADEMARTORI, *Estado de legitimidade: uma abordagem garantista*, especificamente no capítulo 6, p. 162.

*relação jurídica. No direito moderno, todo o ser humano é pessoa no sentido jurídico.*³¹

1.2.2 Conceito de Liberdade Individual

O constitucionalista Paulo Bonavides faz a seguinte análise sobre a liberdade individual:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do ocidente.

[...]

*Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; Enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.*³²

Segundo Canotilho, a função de direitos de defesa ou de liberdade se apresenta sob dupla ótica: num primeiro plano, jurídico-objetivo, proíbe a ingerência dos poderes públicos na esfera jurídica individual; num segundo plano, jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais, exigindo a omissão do poder público de forma que este não venha a causar agressões lesivas. Por exemplo, art. 5º, inciso IV (positivo) e art. 5º, inciso IX (negativo).

Portanto, liberdade individual está ligada a uma garantia que todo cidadão tem diante do Estado de ver assegurada a sua dignidade humana.³³

³¹ *Curso de direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 56.

³² *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 517.

³³ A dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, do que decorrem, por exemplo a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas, limitações aos meios de prova (utilização de detector de mentiras), regras relativas ao transplante de órgãos, etc.

No caso do Brasil, por ser uma nação que vive sob a égide de um estado de direito social,³⁴ a Constituição Federal assegura, em seu art. 5º, *caput*, o direito de liberdade.

1.2.3 Direitos Individuais

Direitos individuais são os que reconhecem a autonomia dos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade, bem como diante do Estado. Também são chamados *liberdades civis e liberdades-autonomia*.

A constituição atual, em seu art. 5º,³⁵ divide os direitos individuais em direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

A doutrina majoritária,³⁶ seguindo a linha constitucional, divide os direitos individuais em dois grupos: direitos individuais expressos e direitos individuais

Nesse sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade.

Constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos, etc. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998. p. 107-108).

³⁴ Estado de Direito Social é aquele em que são incorporadas obrigações correspondentes aos direitos sociais (CADERMATORI, op. cit., p.160).

³⁵ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (CF/1988).

³⁶ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 3. ed. 1998. p. 379; SILVA, op. cit., p. 197 ; SARLET, op. cit., p. 93.

decorrentes do regime, tendo em vista a dicção do parágrafo segundo do art. 5º.³⁷

José Afonso da Silva³⁸ opta por uma divisão em três grupos distintos:

- a) direitos individuais expressos – são os direitos constantes dos incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988;
- b) direitos individuais implícitos – são todos os direitos subentendidos nas regras de garantias, tais como: direito à identidade pessoal, alguns desdobramentos do direito à vida e o direito à atuação geral;
- c) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais – são os direitos enumerados em Convenções ou Tratados Internacionais a que o Brasil se obriga a respeitar ou ainda aqueles a que a República Federativa do Brasil tenha que se submeter em razão do regime adotado.³⁹

³⁷ “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CF/1988).

³⁸ SILVA, op. cit., p. 197.

³⁹ SILVA, op. cit., p. 196-197.

2 CONCEITO DE PERSONALIDADE

Conforme o art. 4º do Código Civil, a personalidade do ser humano começa com o nascimento com vida.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira,⁴⁰ *a idéia de personalidade está ligada a de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.*

Como citado, o começo da personalidade ocorre com o nascimento com vida e toda a sua duração se restringe ao tempo de vida da pessoa.

Outrossim, a personalidade constitui o mais importante “estado” de direito da pessoa; basta lembrar que a ordem jurídica a concede a todo ser humano e aos entes morais por ele, homem, criados, mas não a confere a outros seres vivos. A capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações pressupõe a existência de um ser humano.⁴¹

Orlando Gomes tece os seguintes comentários sobre o direito da personalidade:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade. [...]

Perduram, não obstante, as hesitações da doutrina quanto ao seu conceito, natureza, conteúdo e extensão. Acirram-se debates na determinação dos seus caracteres, contribuindo a polêmica para as incertezas que se estampam no perfil da nova categoria jurídica. Não é pacífica sequer sua identificação. Denominam-nos direitos individuais (Kholer), direitos sobre a própria pessoa (Windesheid), direitos pessoais (Wachter), direitos de estado (Muhlenbruch),

⁴⁰ In: *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1, p. 153.

⁴¹ SANTOS, J.M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 11. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1973. v. 1, p. 245.

direitos originários, direitos inatos, direitos personalíssimos. Ultimamente, porém, acentua-se a preferência pela expressão direitos da personalidade empregada por Gierke.

[...]

*A teoria dos direitos a personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se a sua construção se apóia no direito positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos em que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos.*⁴²

Adriano de Cupis aponta as seguintes características do direito da personalidade:

- a) Intransmissibilidade: impossibilidade de mudança do sujeito por força do nexo orgânico, o objeto é inseparável do sujeito originário;*
- b) Indisponibilidade: os direitos da personalidade não podem, 'pela natureza do próprio objeto, mudar de sujeito, nem mesmo pela vontade de seu titular';*
- c) Irrenunciabilidade: 'os direitos da personalidade não podem ser eliminados por vontade de seu titular';*
- d) O consentimento: 'não constitui uma renúncia o chamado 'consentimento do titular do direito' (art. 50 Cod. Penal). Na verdade, este consentimento não produz a extinção do direito, e tem um destinatário que se beneficia dos seus efeitos';*
- e) Os direitos da personalidade não são suscetíveis de execução forçada.*⁴³

⁴² In: *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993 p. 153-157.

⁴³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caieiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

3 EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS QUE A CONSTITUIÇÃO OFERECE

3.1 Pela jurisdição constitucional das liberdades

Classicamente, segundo Luís Roberto Barroso, os atos jurídicos comportam análise científica em três planos distintos e inconfundíveis: o da *existência*, o da *validade* e o da *eficácia*.⁴⁴ Independentemente do legalismo estatal, que, no dizer de Roberto Lyra Filho, “..é sempre a ressaca social de um impulso criativo jurídico”⁴⁵ para se efetivarem as garantias constitucionais, há que se verificar que essas garantias se subsumem em normas⁴⁶ de eficácia contida, plena e limitada.

Eficácia “é a qualidade que possui a norma de produzir, concretamente, seus efeitos jurídicos, não só considerando suas relações internormativas, mas, também, em relação à realidade social, atingindo a finalidade para a qual foi criada”⁴⁷.

Portanto, a idéia de eficácia está diretamente relacionada com os efeitos produzidos pela norma, buscando atingir o fim a que se destina.

⁴⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 235.

⁴⁵ FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 85.

⁴⁶ Segundo KELSEN, a palavra “norma” procede do latim: *norma*, e na língua alemã tomou o caráter de uma palavra de origem estrangeira – se bem que não tomou caráter exclusivo, todavia primacial. Com o termo se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derogar são funções de normas (*Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sergio Fabres Editor, 1986. p. 1).

⁴⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Necessidade de regulamentação constitucional*. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. V. 18, p. 62.

Várias terminologias são adotadas quando o assunto é a classificação das normas constitucionais.

Dentre as diversas classificações existentes, opta-se por registrar a que se segue, porque se presta com maior conteúdo dogmático ao presente trabalho.

O constitucionalista Paulo Bonavides⁴⁸ fala em *normas constitucionais imediatamente preceptivas*. Já José Afonso da Silva prefere nominá-las de normas constitucionais de eficácia plena, conceituando-as como

*...aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular.*⁴⁹

A segunda classificação dada por Bonavides⁵⁰ seria *normas constitucionais de eficácia diferida* ou normas de eficácia contida, para José Afonso da Silva, que apresenta o seguinte conceito:

*...são aquelas em que o legislador regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que estabelecer ou nos termos gerais nelas enunciados.*⁵¹

A terceira classificação apresentada pela doutrina são as chamadas normas constitucionais programáticas ou normas de eficácia limitada:

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 223.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. p.101.

⁵⁰ BONAVIDES. op. cit., p. 224.

⁵¹ Idem, p.116.

*...são as que não receberam do constituinte suficiente normatividade para que possam ser aplicadas, quando se faz necessário que a produção ordinária complete as matérias nelas traçadas.*⁵²

Normas que apresentam a maior fragilidade em sua efetivação são as de cunho programático, servindo *"assim de pretexto para à inobservância da Constituição"*⁵³.

Em posição inovadora, o professor português J.J. Gomes Canotilho assevera que não existem normas programáticas, porque estas possuem:

*...um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, não deve, pois, faiar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político.*⁵⁴

Continuando, afirma o constitucionalista lusitano que essa positividade das normas programáticas acarreta:

(1) Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional);

(2) Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-los em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);

*(3) Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidades, em relação aos actos que as contrariam.*⁵⁵

Nesse sentido, da leitura das citações em referência, conclui-se que *"uma norma é 'eficaz' porque é observada pelos seus destinatários(e/ou*

⁵² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, op. cit., p. 63.

⁵³ BONAVIDES, op. cit., p. 219.

⁵⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 1102.

⁵⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 1102-1103.

aplicada pelos órgãos de aplicação)".⁵⁶ Donde se conclui, numa visão jurídica garantista, que "...o garantismo traz a crítica para o interior do sistema jurídico, valorando o ordenamento a partir de critérios de validade ou invalidade postos pelas normas de estalão superior".⁵⁷

Ainda sobre esse mister, Canotilho salienta que

...além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, 'as normas programáticas' vinculam também os tribunais, pois os juízes, 'têm acesso a Constituição', com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento dos atos normativos contrários às mesmas normas.⁵⁸

Portanto, é necessário que haja um maior comprometimento dos operadores do Direito para com a Constituição vigente, fazendo valer o seu comando.

3.2 SOB A ÓTICA DO GARANTISMO

3.2.1 Visão geral

A teoria geral do garantismo teve sua essência no âmago do regime fascista italiano, onde juristas alternativos, dentre eles, Luigi Ferrajoli,

⁵⁶ CADEMARTORI. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999. p. 80.

⁵⁷ Idem, p. 81-82.

⁵⁸ Idem, p. 1105-1106.

começaram aquele movimento, buscando contrariar e revolucionar a problemática inserida no sistema vigente.⁵⁹

Ferrajoli iniciou sua teoria com o uso alternativo do Direito, cunhando uma teoria penal do garantismo, buscando uma readequação desse ramo do Direito com a Constituição, pela observância dos princípios constitucionais.⁶⁰

Ferrajoli, após iniciar com o Direito Penal, cunhou uma teoria geral do garantismo, em livro intitulado "Derecho y razón", publicado em 1995, procurando observar o caráter substancial da Constituição.⁶¹

Já em sua obra "La ley del más débil", Ferrajoli assim conceitua o modelo garantista, tomando como paradigma o estado constitucional de Direito.

El paradigma del Estado constitucional de derecho – o sea, el modelo garantista – no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal e la legitimación sustancial o, si se quiere, la 'racionalidad formal' y la 'racionalidad materia' Weberianas. Gracias a la disociación y la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, há dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como la entendía Kelsen unicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna se como creía Weber, sólo una 'racionalidad formal' y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una 'racionalidad material' orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales – no solo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma que condicionan la validez sustancial de las normas producidas e expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado esse moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.⁶²

⁵⁹ CADEMARTORI. op. cit., da apresentação de Lenio Streck.

⁶⁰ Idem, p. 72.

⁶¹ Id. ibid.

⁶² FERRAJOLI. Luigi. *La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 22

Apesar da proposta garantista ser extremamente complexa, pode ser vista como uma maneira de se fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito, sempre de acordo com a Constituição.

A partir de tal conclusão, Ferrajoli busca estabelecer, nos dois últimos capítulos do referido livro, uma teoria do garantismo a partir das acepções do respectivo termo.⁶³

A primeira acepção da palavra garantismo apresentada por Ferrajoli seria um "modelo normativo de direito".

A segunda acepção do termo estaria ligada à problemática da validade e da efetividade que consiste em aproximar tais elementos, embora parta do pressuposto de que são diferentes, visto que pode existir validade sem efetividade e, em um grau inferior de garantismo, efetividade sem validade.⁶⁴

Según una primeira acepción, 'garantismo' designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de 'estricta legalidad' SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad. En consecuencia, es "garantista" todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

[...]

En una Segunda acepción, 'garantismo' designa una teoría jurídica de la 'validez y de la 'efectividad' como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la 'existencia' o 'vigencia' de las normas. en este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el 'ser' y el 'deber ser' en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la

⁶³ CADEMARTORI, op. cit., p. 72-80.

⁶⁴ Idem, p. 76-7.

antínomia – dentro de ciertos límites fisiológicos y fuera de ellos patológica – que subsite entre validez (e ineffectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

[...]

En una tercera acepción, en fin, "garantismo" designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entrelídez e justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre "ser" y "deber ser" del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho e del estado.⁶⁵

Nesse passo,⁶⁶ poder-se-ia entender por garantismo uma forma de Direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o Direito seja válido.

Portanto, a união dos aspectos formais com os substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes.

É como se a categoria dos direitos fundamentais fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito, ou seja, a validade ou não da norma.

3.2.2 As quatro premissas do garantismo

Sergio Cademartori afirma que o pano de fundo da teoria garantista se assenta sobre quatro premissas (justiça, vigência, validade e eficácia), comentando:

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón – Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1998. p. 851-853.

⁶⁶ CADEMARTORI, op. cit., p. 83-84.

a) uma norma é 'justa' quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);

b) uma norma é 'vigente' quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;

c) uma norma é 'válida' quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;

d) uma norma é 'eficaz' quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).⁶⁷

Destarte, sob o aspecto garantista, a distinção suso habita no fato de que essas quatro premissas das normas são dissociadas entre si; e tal distinção tem como fim salientar a dissociação entre vigência e validade.

Assim, uma norma pode ser justa e não observada, logo ineficaz. E a contrário senso uma norma pode ser observada, embora injusta.

3.2.3 À luz dos princípios constitucionais

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - ...;

II - ...;

III - ...;

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁶⁸

⁶⁷ CADEMARTORI, op. cit., p. 78-80.

⁶⁸ Constituição Federal – art. 3º, inciso IV.

No inciso supra o constituinte pátrio consagrou formalmente a igualdade. Buscou assentar sobre “...um objetivo prático o que se encontra enunciado de forma principiológica na Constituição”.⁶⁹

Luiz Roberto Barroso, em “O direito constitucional e a efetividade de suas normas”, não vê juridicidade no comando dos incisos do art. 3º, exceto no inciso IV.⁷⁰

Contudo, a sentida presença de juridicidade não é, por si só, suficiente para a superação das discriminações por que passa o transexual. Esse ser, em conflito permanente, crê, piamente, pertencer a um sexo que não é o seu (disforia de gênero); almeja ser mulher, se homem, e homem, se mulher.

Embora autores como Waldir Szniick afirmem que “A cura do transexual está na psiquiatria, psicoterapia individual(e de grupo) psicodrama, aliado à farmacopéia”,⁷¹ hoje é sabido, como será demonstrado no próximo capítulo, que apenas a cirurgia, com posterior acompanhamento médico e psicológico, é capaz de tirá-lo do estado conflituoso, devolvendo-lhe a felicidade.

Redesignado sexualmente, deve lhe ser assegurado o direito de viver “sem distinção de qualquer natureza”.⁷²

Como vislumbrar-se no ser humano a eficácia desse “objetivo prático”, na expressão de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins,⁷³ ou desse

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 447

⁷⁰ BARROSO, Luiz Roberto. op. cit., p.301.

⁷¹ SZNIICK, Valdir. *Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979. p. 64.

⁷² Constituição Federal, art. 5º, inciso IV, “in fine”.

⁷³ BASTOS & MARTINS, op. cit., p. 447.

princípio com “*eficácia jurídica*” de que fala Luis Roberto Barroso,⁷⁴ se ao transexual operado não é reconhecido o direito ao nome e ao sexo psíquico no registro civil. Se, em decorrência de tal negativa, vê-se obrigado a portar uma cédula de identidade com o nome que rejeita e com um sexo que, no mínimo, já não é mais o seu. A “via crucis” continua e novos flagelos lhe são impostos, onde quer que precise identificar-se: na escola, no trabalho, na vida social, no lazer, em suas relações amorosas e, às vezes, até no ato de usar um banheiro público.

Luiz Alberto David Araujo afirma para depois perguntar:

*Manter uma pessoa em tal conflito é condená-la ao martírio, por confirmar a sua condição de marginal. Essa situação atende ao princípio da dignidade da pessoa humana? Seria digno exigir do Estado o impedimento da felicidade de um indivíduo? O transexual deve permanecer com seu conflito pelo resto da vida? O Estado, enquanto organização política, tem como finalidade manter esse indivíduo em permanente grau de infelicidade?*⁷⁵

As respostas passam obrigatoriamente pelo objetivo fundamental do Estado brasileiro de “*promover o bem de todos, sem distinção de qualquer natureza*”.

Se, como afirmado, esse princípio se enche de juridicidade, cabe numa aplicação de uma das quatro premissas que servem de pano de fundo para a teoria garantista: “...uma norma é ‘eficaz’ quando é de fato observada pelos

⁷⁴ BARROSO. op. cit., p. 235.

⁷⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 105.

seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)".⁷⁶ Assegura-se, pelo Poder Judiciário, a eficácia do princípio constitucional.

Assim Ferrajoli vê o Poder Judiciário sob a ótica do primado dos direitos fundamentais:

Esta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas, y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel consitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia foraml de la ley, sino una cualidad contingente de lá misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez.

[...]

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, em consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de lá independencia dei poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean – o precisamente porque son – poderes de mayoría.

[...]

Esta legitimación no tiene nada que ver com la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llhamado 'democracia sustancial'. En este sentido, el principio de igualdad y de legalidad se conjugan – como la outra faz de la misma medalla – com el segundo fundamento político de la independencia del juez: su función de averiguación de la verdad procesal, según las garantías dei justo proceso.⁷⁷

Destarte, a norma constitucional se reveste de eficácia, se observada pelos destinatários (e/ou posta em prática pelos órgãos de aplicação).

⁷⁶ CADEMARTORI. op. cit., p. 80.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias. La lei del más débil*. Madri:Trotta, 1999. p. 26-27

É em decorrência da plena eficácia do princípio constitucional de que cabe ao Estado “*Promover o bem de todos, sem distinção de qualquer natureza*” que resultarão assegurados aos transexuais os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

II A MUDANÇA DE SEXO DO PONTO DE VISTA MÉDICO

1 CONCEITO DE SEXO E SUA CLASSIFICAÇÃO

Para que se possa adentrar no tema transexualismo e o direito dos transexuais ao nome e ao sexo psíquico, é fundamental que se faça antes uma análise conceitual de sexo e de sua classificação, buscando-se, ainda, estabelecer um parâmetro entre os comportamentos que a sociedade, através do tempo, quer sob a ótica médica, quer sob a ótica comportamental, tomou como desvios.

Sobre a sexualidade, Elimar Szaniawski assevera:

*A sexualidade no homem consiste em um conjunto de aspectos: o aspecto biológico, revelado pelas características genitais, gonádicas, cromossômicas e outros atributos secundários, a parte psíquica e as atitudes comportamentais do indivíduo, que se integram umas nas outras. Essa integração de aspectos, que constituem a sexualidade humana, é denominada de status sexual ou vulgarmente, de sexo.*⁷⁸

⁷⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: RT, 1999. p. 33-34.

Já Guilherme Oswaldo Arbenz, comentando sobre o tema em apreço, salienta:

*O sexo do indivíduo é determinado no momento da fecundação, momento esse que corresponde à penetração do espermatozóide no óvulo, para dar origem à célula-ovo (ou simples ovo). Os cromossomos sexuais são os responsáveis por essa determinação.*⁷⁹

Dos conceitos sob comento, conclui-se que a determinação ampla e precisa do sexo do ser humano deve ser feita, segundo Emílio Federico Plabo Bonnet,⁸⁰ pelo somatório dos seguintes sexos parciais: a) genético, b) endócrino, c) morfológico, d) psicológico, e) jurídico.

Assim, esses elementos podem ser vistos agrupados sob três aspectos: a) **o sexo biológico**, formado pelo sexo morfológico, pelo sexo genético, e pelo sexo endócrino, b) **o sexo psíquico**, c) **o sexo civil**.

1.1 Sexo biológico

Segundo Elimar Szaniawski, o sexo biológico pode ser entendido:

*O sexo biológico consiste no aspecto físico do indivíduo, que lhe determina o fenótipo. O sexo biológico é o sexo decorrente das características corporais do indivíduo, ou seja, da sua aparência aos outros e a si mesmo. Esta aparência deriva do perfeito entrelaçamento do sexo genético com o sexo endócrino.*⁸¹

⁷⁹ ARBENZ, Guilherme Oswaldo. *Medicina legal e antropologia forense*. Rio de Janeiro: Atheneu, 1988. p. 409.

⁸⁰ *Apud* SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: RT, 1993. p. 28.

⁸¹ SZANIAWSKI, op. cit., p.36-37.

1.1.1 Sexo cromossômico

A biologia divide o sexo genético em sexo cromossômico e em sexo cromatínico.

O zigoto é constituído por vinte e três cromossomos oriundos do homem e vinte e três cromossomos originários da mulher, somando-se, na totalidade, quarenta e seis cromossomos. Somente dois, destes quarenta e seis cromossomos são determinantes da sexualidade do indivíduo. Um dos cromossomos é trazido pelo espermatozóide, podendo ser um cromossomo X ou um cromossomo Y, O outro provém da mulher, vindo através do óvulo, que é sempre X.

A biologia ensina que o homem, mantendo conjunção carnal com a mulher e fecundando-a, pode trazer um cromossomo X, que combinado com o cromossomo X da mulher, resultará na combinação XX, cujo resultado será a formação de um indivíduo mulher. Se ao contrário, o homem trouxer em seu espermatozóide um cromossomo Y, combinado com o cromossomo X, proveniente da mulher, o indivíduo que nascerá será homem⁸²

Todavia, para Ana Paula Ariston Barion Peres,

...essa seqüência normal do desenvolvimento, 'XX' ou 'XY' pode não se consumar, desencadeando as síndromes de Turner e Klinefelter. Na síndrome de Turner, a constituição genética do indivíduo corresponde a um único cromossomo do par cromossomial representado por 'XO'. Nos indivíduos portadores dessa síndrome, a aparência anatômica externa revela uma fêmea, embora o sinal de cromatina seja negativo.

Por sua vez, na síndrome de Klinefelter a constituição genética é representada por '47XXY', o que sugere uma bissexualidade cromossomial. Acusa-se o sinal positivo de cromatina, não obstante a aparência anatômica externa revelar um indivíduo do sexo masculino.⁸³

⁸² Id, ibid.

⁸³ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo o direito e uma identidade sexual*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 70-71.

1.1.2 Sexo cromatínico

A Biologia divide o sexo genético em *sexo cromossômico* e em *sexo cromatínico*. Com tal classificação, busca comprovar que, nesse tipo de sexo, a designação sexual do indivíduo, ante a presença de massa cromatínica ou do corpúsculo de Barr, na estrutura celular, é indicador do sexo feminino, enquanto a ausência ou o baixo teor de corpúsculo de Barr é indicador de indivíduo com características do sexo masculino.

É, ainda, Szaniawski quem conceitua *sexo cromatínico*:

*O sexo cromatínico diz respeito a certas características que os cromossomos femininos apresentam, estando estes caracteres, quase sempre, ausentes nos cromossomos masculinos. Os cromossomos XX criam um minúsculo triângulo próximo ao núcleo celular, que é denominado de Corpúsculo de Baar. A verificação, em qualquer exame de tecido de uma pessoa, reveladora da existência de Corpúsculos de Baar em, suas células caracterizá-la-á como um indivíduo cromossomicamente feminino.*⁸⁴

1.1.3 Sexo endócrino

O sexo endócrino é uma manifestação dos elementos gonadal (testículos e ovários) e extragonadal (glandular: tireóide e epífise).

E continua Szaniawski:

O sexo endócrino é formado pelo sexo gonadal e pelo sexo extragonadal. O sexo gonadal é identificado nas glândulas sexuais, os testículos no homem e os ovários na mulher a produzir hormônios. O sexo extragonadal é constituído por outras glândulas, a tireóide e a epífise cuja função é atribuir ao indivíduo outros traços de masculinidade ou feminilidade. A importância do estudo do sexo

⁸⁴ Op. cit., p. 37.

*gonadal diz respeito à verificação da normalidade ou da alteração do estado sexual de alguém. Assim sendo, o indivíduo que vier a apresentar, em determinado exame, uma mescla de tecidos ovariano e testicular poderá ser qualificado como portador de status sexual alterado.*⁸⁵

1.2 Sexo psíquico

Para Matilde Josefina Sutter, o sexo *psíquico* consiste em

*Uma série de características que poderiam ser descritas como a reação psicológica do indivíduo frente a determinados estímulos. Reação esta diferente em razão do sexo ao qual ele pertence, sendo que, de um modo geral, indivíduos do mesmo sexo apresentam reação semelhantes.*⁸⁶

1.2.1 Sexo educacional ou de formação

Roberto Farina admite a divisão das características psicológicas do sexo em três categorias: “...o sexo *educacional* ou de *formação sexual*; o *papel do gênero*; e a *identidade do gênero*”. E afirma:

O renomado autor, seguindo as lições de Money, sintetiza o sexo educacional ou de formação como aquele resultante das pressões impostas ao indivíduo, enquanto criança. O sexo de formação é na realidade, a manifestação do relacionamento familiar em resposta ao que lhe foi transmitido pelos pais e demais familiares. O papel do gênero se verifica pelas coisas que uma pessoa faz, fala ou sente e que revela o status sexual. Pode ser resumido como a ‘expressão pública da identidade’ Finalmente, a identidade do gênero que o indivíduo apresenta revela-se quando a criança simplesmente diz ‘eu sou um menino’ ou ‘eu sou uma menina’. O sexo psíquico interessa à ciência justamente pelo fato de a conduta sexual de uma pessoa estar diretamente ligada ao seu psiquismo. [o grifo não é do original]⁸⁷

⁸⁵ Idem., p. 39.

⁸⁶ SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: RT, 1993. p. 42.

⁸⁷ *Apud* Szaniawsk. op. cit., p. 39.

1.3 Sexo civil

Szaniawski entende que o sexo civil, também denominado de sexo jurídico ou de sexo legal, determina o sexo de um indivíduo em função de sua vida civil, nas suas relações sociais. Para o Direito, o sexo civil traz inúmeras conseqüências, entre elas, as relações no Direito de Família.

Ao efetuar o registro civil do neonato, surge a designação do seu sexo civil, tendo por fundamento o seu sexo morfológico externo. Eis que, no dia-a-dia, a determinação de tal sexo efetiva-se pura e simplesmente pelo exame da genitália externa do recém-nascido, mesmo porque o recém-nascido ainda não tem o seu desenvolvimento psíquico completo.

Apesar do critério biológico ser o usualmente empregado na definição do sexo civil, entende-se que esse critério, na maioria das vezes, é insuficiente para determinar o sexo do indivíduo, uma vez que a determinação da sexualidade de alguém constitui-se de um complexo de ordem psicossomática.⁸⁸

Podem ocorrer anomalias sexuais, sendo oportuno o enfoque dado por Szaniawski:

Muitas vezes, no entanto, podem surgir defeitos na formação sexual do indivíduo. Pode ocorrer a malformação ou a formação incompleta da genitália ou, ainda, podem surgir problemas de uma pessoa possuir características sexuais de ambos os sexos, com predominância de um ou de outro, ou, em hipótese menos freqüente, a pessoa possui as características dos sexos masculino e feminino bastante próximos. Esses defeitos ou malformações das características sexuais podem trazer dúvidas quanto à exata

⁸⁸ Cf. SZANIAWSKI, op. cit., p. 36-40.

identificação do sexo da pessoa. Outras vezes pode ocorrer a identificação do recém-nascido em um sexo e, posteriormente, com seu desenvolvimento, virem a predominar as características do outro. Também podem surgir casos em que existe um divórcio entre o sexo biológico e a psique da pessoa, sendo a mesma biologicamente, pertencente a um sexo, mas, psiquicamente, vive o sexo oposto ao biológico. Todas estas situações são denominadas anomalias sexuais e acabam por trazer reflexo ao direito, em especial ao direito Civil.

É freqüente o surgimento de situações de malformação sexual complexa. No entanto, podemos afirmar que a determinação do sexo do recém-nascido, pelo critério do sexo morfológico, de acordo com o que é feito no cotidiano, tem-se mostrado, em princípio, suficiente, pois os desvios sexuais são exceção e o critério biológico satisfaz a regra.⁸⁹

A identificação sexual do indivíduo é biologicamente feita pelos seus órgãos sexuais (genitais).

Os órgãos genitais masculinos compõem-se de *órgão glandular, vias genitais, glândulas anexas e órgão copulador.*

Ferrán de los Reyes, comentando sobre as funções dos órgãos genitais masculinos, pormenorizadamente, cita:

Atendendo a seu funcionamento, ou seja, à produção, armazenamento e expulsão dos produtos sexuais que elabora, se poderia dizer que o aparelho reprodutor masculino se inicia no exterior, introduz-se na cavidade pélvica e se faz outra vez externo; deste modo podem-se descrever como porção externa os testículos e parte das vias que neles se iniciam; o canal deferente, que logo fica interno; as vesículas seminais, os canais ejaculadores e a uretra, cuja porção terminal se projeta ao exterior envolta por formações eréteis e tegumentares, que forma o pênis, sob o qual se encontra bolsa escrotal que contém os testículos. Como órgãos complementares, há que acrescentar as glândulas anexas, a próstata e as glândulas de Cowper.

Testículos. *São as glândulas distintivas do aparelho genital masculino. O testículo mede de 40 a 45mm de comprimento; tem uma forma ovóide e em sua parte posterior apresenta um corpo alongado, o epidídimo, que lhe está estreitamente justaposto desde seu pólo superior (cabeça) até o inferior (cauda).*

⁸⁹ SZANIAWSKI, op. cit., p. 40-41.

Constituição anatômica. *Estão constituído por um envoltório fibroso (albugínea), da qual partem lamínulas que formam septos na massa interna ou núcleo central, polpa semifluida de canalículos muito finos (ductos seminíferos), cuja luz é revestida pelo epitélio produtor dos espermatozóides. A esta porção geradora do ducto seguem os secretores, que desembocam no interior do epidídimo, num coletor comum, o canal epididimário, que se inicia na cabeça e termina na cauda, da qual merge, constituindo o canal deferente; a este nível juntam-se a ele dois feixes de vasos, nervosos e linfáticos, com os quais forma um só feixe, envolto numa capa fibrosa, recebe o nome de cordão espermático, o qual atravessa o conduto inguinal, introduz-se na cavidade pélvica e, dissociando-se ali de seus acompanhantes, o canal deferente descreve uma curva para chegar à face posterior da bexiga; neste ponto recebe o colo da vesícula seminal, sacos membranosos ou reservatórios, justapostos à parede vesical. Da união do canal deferente e o colo da vesícula seminal nasce o canal ejaculador, que penetra na espessura da próstata e se abre na uretra prostática.*

Pênis. *Órgão masculino da cópula, considera-se nele um corpo que, por sua extremidade posterior (raiz), se encontra inserido nos ramos pubianos. A porção livre, recoberta pela pele, termina por sua extremidade anterior numa eminência conóide, a glande, em cujo vértice se abre o meato urinário. Ao redor da glande se dispõe uma dobra tegumentar, o prepúcio.*

Constituição anatômica. *Intervêm em sua constituição as formações eréteis e os envoltórios. Pertencem ao primeiro grupo os corpos cavernosos e o corpo esponjoso. Os primeiros são cilíndricos, justapostos entre si como os canos de um fuzil; por trás se separam e aderem firmemente aos ramos isquiopubianos (raiz do pênis); por diante se introduzem sob a glande. O corpo esponjoso, impar, se situa entre ambos os cavernosos; por diante forma a glande e por trás se espessa (bulbo), alojando-se entre as porções posteriores daqueles (raiz do pênis). Em quase toda a sua extensão está atravessado pela uretra. Os corpos cavernosos e o esponjoso estão revestidos por um envoltório resistente (albugínea), de cuja parte interna se depreendem numerosos septos que se entrecruzam e originam pequenas cavidades chamadas aréolas. A habilitação do pênis para sua incumbência sexual (ereção) está determinada mecanicamente, primeiro, pela afluência de sangue arterial e, depois, por seu estancamento nas aréolas pelo efeito secundário da compressão das veias, o que obstaculiza a drenagem, através destas, do sangue acumulado nas aréolas. O pênis tem uns envoltórios concêntricos, dos quais alguns são continuação das paredes testiculares, as quais, exteriormente, formam uma só bolsa, mas que um septo interno subdivide em duas; a cobertura mais externa, ou seja a pele, se chama escroto.*

Glândulas anexas. *A próstata. É um órgão glandular, impar e meio situado sob a bexiga urinária atravessado pela uretra. Tem forma conóide; a base se justapõe à da bexiga urinária e o vértice se prolonga com a uretra. O corte transversal mostra uma membrana externa, septos radiados que convergem para um núcleo central, e*

que delimitam espaços nos quais se acumulam os elementos glandulares, cujos ductos desembocam na uretra prostática. O núcleo central está atravessado pelos ductos ejaculadores e pela uretra. As glândulas de Cowper, pares, do tamanho de uma ervilha, se localizam atrás do bulbo da uretra, e nela se abre seu conduto excretor.⁹⁰

Os órgãos genitais femininos constam de: internos - ovários, trompas uterinas (formações pares), útero e vagina (formações ímpares); os externos designam-se com o nome de vulva.

Reyes, em análise pormenorizada sobre os órgãos genitais femininos explicita:

Os ovários, trompas e útero se encontram na cavidade pélvica; a vagina está situada em parte naquela e em parte no períneo, e a vulva por diante e debaixo do púbis.

Ovário. Os ovários são os órgãos essenciais do aparelho sexual feminino. De forma comparável ao de uma amêndoa, seu comprimento é de 4 cm. A extremidade externa está coberta pela trompa uterina; a interna, unida ao útero por um ligamento.

Constituição anatômica. São formados pela substância medular, integrada por vasos, fibras conjuntivas e musculares e a substância cortical, que envolve completamente a medular. Naquela se encontram os elementos essenciais do ovário, os folículos de Graaf, em diversos estádios de desenvolvimentos, que contém o óvulo. Por cima da substância cortical se estende uma camada epitelial. Além disso, existem no ovário células especializadas na produção de hormônios sexuais (glândula intersticial).

As trompas uterinas, ou de Falópio, são dois tubos estendidos transversalmente, desde a extremidade externa do ovário até a parte superior do útero. Medem de 10 a 12 cm. O extremo externo, que corresponde ao ovário, adota a forma de um funil encurvado, e a circunferência de sua abertura se mostra festonada por umas franjas dentadas com aspecto de coroa, em cujo centro se situa um orifício (orifício abdominal) que se abre, perto do ovário, em plena cavidade peritonal; a franja mais comprida está aderida como ligamento ao ovário. Ao pavilhão se segue o corpo da trompa, que se estreita progressivamente até chegar ao útero, cuja parede atravessa para

⁹⁰ REYES, E. Ferrán de los. *Atlas anatômico do corpo humano*. 2 ed. Tradução de Ilson Ávila Dominot. Rio de Janeiro: Ibero-Americano Ltda, 1985. p. G/1 e G/2.

desembocar em seu interior (orifício uterino). Internamente apresenta umas pregas longitudinais que se estendem entre ambos os orifícios. O útero ou matriz é um órgão muscular, oco, piriforme, achatado da frente para trás, com o pólo mais abaulado dirigido para cima. Ocupa a parte média da cavidade pélvica, entre a bexiga e o reto, e sua direção é oblíqua de cima abaixo e de diante para trás; é formado por um corpo e um colo, separados por um estreitamento (istmo). O corpo tem uma extremidade superior (fundo do útero) e outra inferior que se prolonga com o colo ao redor do qual se insere ao orifício superior da vagina.

Interiormente o útero apresenta uma cavidade, ampla no fundo (onde se encontram os orifícios de desembocadura das trompas), mais estreita na direção do istmo, onde se acha o orifício inferior do colo.

Constituição anatômica. Três túnicas compõem o útero: perimétrio, dependência do peritônio; muscular, constituída por fibras lisas (miométrio), dispostas em três camadas de fibras longitudinais, transversais e entrecruzadas (camada plexiforme) e, finalmente, a mucosa (endométrio), que reveste toda a superfície do órgão.

Ligamentos do útero. Dividem-se em laterais, anteriores e posteriores. Os primeiros estão formados por folhetos peritoneais que cobrem o útero por suas duas faces e ao chegar a cada uma de suas bordas se soldam e formam septos (ligamentos largos direito e esquerdo) que vão inervar-se nas paredes laterais da pelve. Os ligamentos anteriores são dois cordões fibrosos (ligamentos redondos direito e esquerdo) que, desde a parte superior e lateral do útero, e sob os ligamentos largos, descrevem uma curva, penetram por seu orifício interno no conduto inguinal respectivo e, ao saírem, se repartem em filamentos que se perdem sob os tegumentos do púbis.

A vagina. É um canal cilíndrico, musculoso-membranoso muito distensível; seu orifício superior abraça o colo uterino e o inferior se abre na vulva. Sua direção é oblíqua de cima para baixo e de trás para a frente. Está situada entre a uretra, por diante, e o reto, por trás; sua superfície interna está sulcada por pregas transversais.

Órgãos genitais externos. Seu conjunto recebe o nome de vulva. Fazem parte dela, externamente, os grandes lábios, pregas tegumentares prolongadas, dirigidas da frente atrás, a conjunção das quais delimita uma fenda alongada. Separando-se os grandes lábios ficam à mostra os pequenos lábios, pregas cutâneas menores que, por sua vez, cobre um espaço (vestíbulo) no qual desembocam a uretra e a vagina. No vértice do vestíbulo se situa um órgão médio, erétil, o clitóris, composto por dois pequenos corpos cavernosos fixados por sua parte posterior aos ramos isquibbianos. Sob os pequenos lábios existe outra formação erétil (bulbos vaginais).

Glândulas anexas, uretrais e vulvovaginais. Vertem secreções lubrificantes nos órgãos respectivos.⁹¹

⁹¹ REYES, op. cit., p. G/3.

O detalhamento dos órgãos sexuais masculinos e femininos, na forma suso elencada, faz-se necessário para que mais tarde se possa entender a sistemática da cirurgia de redesignação de sexo, a nova tipologia biológica do transexual operado, quais são os órgãos que passarão pelo processo de ablação, reconstituição e implantação.

É de uso comum do povo a identificação sexual do indivíduo pelo mero exame da genitália externa do neonato. À vista da genitália, o ser nascido de mulher será identificado como macho ou fêmea, menino ou menina, homem ou mulher e por tal será levado a registro perante o Oficial do Registro Civil competente.

Contudo, a identidade sexual de uma pessoa natural é muito mais ampla e complexa do que a decorrente da observação pura e simples do seu sexo morfológico. É necessário que se observe a “*psiquê*” do indivíduo diante do seu próprio sexo morfológico e, dessa observação, poder-se-á constatar “...*que o sexo compõe-se da conjunção dos aspectos físico e psíquico e comportamental da pessoa, caracterizando-se, conseqüentemente, o seu estado sexual*”⁹²

⁹² SZANIAWSKI, ob. cit., p. 35.

2 TRANSTORNOS DO INSTINTO SEXUAL

Embora apenas o transexualismo venha a ser objeto desta dissertação, entende-se necessário conceituar os demais tipos sexuais considerados “desarmônicos”⁹³ haja vista que a diferenciação é de primordial importância para que não se confunda, como sói acontecer entre leigos, o tipo sexual objeto do presente trabalho com outros transtornos do instinto sexual.

Genericamente os tipos sexuais considerados “desarmônicos” dividem-se em *intersexualismo*, *homossexualismo*, *bissexualismo*, *travestismo* e *transexualismo*.

2.1 Intersexualismo

Szaniawski,⁹⁴ comentando a respeito do intersexualismo, afirma:

*Goldschmidt foi quem primeiro reuniu todas as formas de sexualidade anômalas sob a denominação de intersexualidade, definindo como intersexuais as pessoas portadoras de estado intersexual, os indivíduos que apresentassem caracteres físicos e funcionais de ambos os sexos. Distinguiu caracteres anatômicos e funcionais, subdividindo-os em caracteres primários e caracteres secundários.*⁹⁵

⁹³ É bom que se ressalte que as expressões desarmônicos, desvios sexuais, anomalias sexuais e outras de cunho analógico que venham a ser empregados nesta dissertação são expressões utilizadas pela *communis opinio doctoris* (opinião dominante dos entendidos), não implicando anormalidade, no sentido vulgar ou pejorativo do termo. O uso de tais expressões não tem o fito de excluir o indivíduo da dimensão de pessoa em toda sua plenitude e dignidade humana.

⁹⁴ Esse autor afirma que Palmieri atribui a Goldschmidt a sistematização científica dos diversos conceitos, antes confusos, sobre a sexualidade anômala (op. cit., p. 44).

⁹⁵ SZANIAWSKI, op. cit., p.44-5.

O intersexual é o indivíduo que apresenta sexo indeciso. Trata-se de uma pessoa possuidora de caracteres somáticos e psíquicos de ambos os sexos.⁹⁶

Ana Paula Ariston Barion Peres aponta como característica da intersexualidade *o desequilíbrio entre os diversos fatores responsáveis pela determinação do sexo, o que leva a uma ambigüidade biológica*.⁹⁷

Sobre a definição do intersexuado, é oportuna a manifestação de Szaniawski:

O intersexuado é definido como portador de genitália externa ambígua, a qual dificultaria a perfeita identificação do sexo do recém-nascido, quando examinado por um médico não muito experiente nesta matéria, necessitando, para a constatação do sexo predominante, de exames mais complexos em clínicas especializadas.

[...]

*Vislumbra-se, em literatura mais antiga, uma certa confusão na aceção dos termos intersexualismo e hermafroditismo, sendo ambas as expressões tratadas como sinônimas. Modernamente, preferem os autores classificar o hermafroditismo como uma variante ou subtipo da intersexualidade.*⁹⁸

É importante não confundir hermafroditismo com o intersexualismo. O primeiro constitui-se de uma variante da intersexualidade, enquanto o intersexualismo se caracteriza pelo desequilíbrio imanente de fatores determinantes do sexo, sendo o gênero da espécie hermafroditismo.

⁹⁶ Id. ibid.

⁹⁷ PERES, op. cit., p. 108.

⁹⁸ SZANIAWSKI, op. cit., p. 45.

2.2 Homossexualismo

Homossexual se caracteriza pelo fato de a pessoa ter preferência para prática de relações sexuais com pessoa do mesmo sexo.

Reportando-se à lição de Szaniawski,⁹⁹ poder-se-á afirmar que o *homossexualismo se caracteriza pelo fato de o indivíduo preferir para relação sexual uma pessoa do mesmo sexo.*

Segundo Elimar Szaniawski, a Psiquiatria clássica - especificamente, Freud, Jung e Adler - classifica a homossexualidade como doença, ou seja, um distúrbio da personalidade psicopata.¹⁰⁰

É ainda Elimar Szaniawski quem afirma que, numa verdadeira mudança de pensamento, a Associação Americana de Psiquiatria, em 1974, desconsiderou a homossexualidade como distúrbio da personalidade sociopata, para classificá-la como mero distúrbio de orientação sexual.¹⁰¹

2.3 Bissexualismo

A prática do bissexualismo emerge no âmago das relações entre pessoas que têm preferência ora por parceiros do mesmo sexo, ora por

⁹⁹ SZANIAWSKI, op. cit., p. 47.

¹⁰⁰ Idem, p. 47.

¹⁰¹ Cf. SZANIAWSKI, op. cit., p. 47-8.

parceiros do sexo oposto, ocorrendo uma verdadeira alternância na prática sexual.

Ana Paula Ariston Barion Peres, comentando a respeito do tema salienta:

*Embora a palavra 'bissexual' não seja plenamente satisfatória, pelo menos permite quebrar a dicotomia existente entre heterossexual e homossexual e possibilita nova identificação sexual, ainda que pelo emprego de um termo intermediário. Mas, isso não significa afirmar que ser identificado como bissexual acarrete uma fase transitória de heterossexual para homossexual ou vice-versa. **O que ocorre, na maioria dos casos, é que a bissexualidade implica o reconhecimento de uma identidade sexual independente das demais, com características próprias, que, de certa forma, oscila entre o heterossexual e o homossexual, sem que isso leve à renúncia de uma das duas identidades.** [grifo não é do autor]. Não há escolha a ser feita; não vencido ou vencedor. Há, de forma bastante vaga, uma narrativa variável em decorrência do tempo.¹⁰²*

Portanto, no bissexualismo, a identidade biológica do indivíduo prepondera, sendo o desvio para a conduta homossexual a exceção.

2.4 Travestismo

Poder-se-ia definir travestismo, também chamado de eonismo, como o transtorno sexual em que os indivíduos apresentam uma inclinação ao uso de trajes típicos do sexo oposto. Daí o travesti poder ser um indivíduo do sexo masculino ou feminino, podendo também ser homossexual ou heterossexual.

Aracy Klabin, comentando sobre o travestismo, adota a seguinte classificação:

¹⁰² PERES, op. cit., p. 118-9.

*o travestismo não masoquista, no qual o indivíduo desempenha a atividade sexual sem medo ou angústia; o travestismo sadomasoquista, cujos portadores, durante o ato sexual, se submetem a toda sorte de sofrimentos físicos. Como o açoite, a escravidão etc., em fantasia ou realidade; o travestismo fetichista, tipo em que o fetiche se destina a produzir excitação sexual; e o travestismo não fetichista, no qual o fetiche se destina a produzir excitação sexual, mas serve para aliviar a ansiedade e favorecer a segurança do indivíduo.*¹⁰³

Olazábal, por seu turno, apresenta as seguintes espécies de eonismo.

- a) travestismo sintomático – caracteriza-se a espécie como sintoma de outro desvio sexual, como o homossexualismo e o fetichismo;*
- b) travestismo simples – aqui o travesti restringe-se ao fenômeno que lhe traz satisfação sem excitação genital ou interesse homossexual;*
- c) travestismo-transexualismo – caracteriza-se esta modalidade de travestismo por constituir-se como parte de uma inversão psicosssexual bem mais profunda.*¹⁰⁴

2.5 Transexualismo

Szaniawski afirma que Matilde Sutter faz de modo preciso a distinção de intersexualidade e de transexualidade, afirmando:

*O transexual se caracteriza: por possuir perfeita genitália externa e interna de um único sexo, respondendo, porém, psicologicamente, aos estímulos do outro. O intersexuado é definido como portador de genitália externa ambígua, a qual dificultaria a perfeita identificação do sexo do recém-nascido, quando examinado por um médico não muito experiente nesta matéria, necessitando, para a constatação do sexo predominante, de exames mais complexos em clínicas especializadas.*¹⁰⁵

Segundo Roberto Farina, o transexualismo consiste

¹⁰³ *Apud* SZANIAWSKI, op. cit., p. 53.

¹⁰⁴ *Apud* SZANIAWSKI, op. cit., p. 52-53.

¹⁰⁵ SZANIAWSKI, op. cit., p. 45.

...em uma pseudo-síndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se identifica como gênero¹⁰⁶ oposto. Constitui um dos mais controvertidos dilemas da Medicina moderna, em cujo recinto poucos médicos ousam adentrar. Trata-se de manifestação extrema de inversão psicosexual, em que o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero, que não condiz com seu sexo anatômico.¹⁰⁷

Citados por Szaniawski, Luísa Campos Olazábal e Roberto Farina

afirmam:

O transexualismo enquadra-se na síndrome da disforia de gênero, termo este que também o identifica na atualidade. A síndrome de desforia de gênero engloba todas as pessoas que não se sentem satisfeitas com seu sexo morfológico e define um estado emocional de permanente ansiedade e depressão. Incluem-se nesta classificação todos os transexuais, verdadeiros, os homossexuais, certa categoria de travestis e pessoas portadoras de grave psicopatía ou sociopatía.¹⁰⁸

Ana Paula Ariston Barion Peres admite que o transexualismo é uma desordem de gênero, mas não reconhece ser o transexual um doente mental, afirmando que

O transexualismo é portanto, uma das desordens da identidade de gênero. Isso em razão da sua característica principal, que consiste na incongruência entre o sexo atribuído na certidão de nascimento e a identidade psíquica gênero do indivíduo. Não há que se cogitar de

¹⁰⁶ “A identidade de gênero, é um constructo constituído por vários componentes estruturados em diferentes épocas e por várias influências. Perpassa pelo sexo genético, gonádico, hormonal, legal de nascimento e de criação. Não é exclusivamente biológico, mas sim o produto de suas interações. E mais: “A identidade sexual ou gênero, é um conceito extremamente complexo, composto por componentes conscientes e inconscientes. Possuindo elementos altamente associados ao sexo a que se pertence e às características estabelecidas pela estrutura social a cada gênero, Assim a idéia de gênero, não é um constructo mental unitário, pois grande número de diferentes componentes estruturados em diversas épocas do desenvolvimento e advindos de várias influências, formarão a composição final do que se convencionou chamar de identidade de gênero” (apud PERES, op. cit., p. 90-91).

¹⁰⁷ Apud SZANIAWSKI, op. cit., p. 49.

¹⁰⁸ SZANIAWSKI, op. cit., p. 62.

ser o transexual um doente mental; muito pelo contrário, o que é peculiar ao seu estado e o afasta dos demais é a plena lucidez, ou seja, não sofre de qualquer desordem psicótica primária da personalidade.¹⁰⁹

¹⁰⁹ PERES, op. cit., p. 125-126

3 TÉCNICAS CIRÚRGICAS NA CONVERSÃO DO MASCULINO PARA O FEMININO

Merece destaque a revisão de posicionamento do Conselho Federal de Medicina (CFM) que, em decisão diametralmente oposta à constante dos Pareceres n.º 11/91 e n.º 12/91, ambos aprovados em 13 de abril de 1991, aprovou a Resolução n.º 1.482/97, que autoriza a operação gratuita de modificação de sexo em hospitais universitários ou públicos ligados à pesquisa.

Já de início, trata a Resolução de definir o que seja transexualismo, visando a caracterizar os pacientes portadores da síndrome. Entende a resolução que, para a caracterização do transexualismo, é necessário que a pessoa manifeste

...desconforto com o sexo anatômico natural;- desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; ausência de outros transtornos mentais.¹¹⁰

Para a diagnose do transexualismo, entende a Resolução que o paciente deve ser acompanhado por uma

...equipe multidisciplinar constituída por médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios abaixo definidos, após dois anos de acompanhamento conjunto: diagnóstico médico de transexualismo; maior de 21 (vinte e um) anos; ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia;¹¹¹

Após a observação de tais cautelas, será o paciente submetido à cirurgia de *neocolpovulvoplastia*. Segundo Olíosi da Silveira,

¹¹⁰ Id., *ibid.*

¹¹¹ Resolução CFM n.º 1.482/97

A mudança cirúrgica masculina para a feminina é facilmente realizada e pode, na maioria dos casos, ser feita em somente um tempo cirúrgico.

O primeiro estágio compreende a amputação do pênis, deixando a glândula com seu feixe vascular-nervoso. A glândula necessariamente será preservada e colocada, anatomicamente, no local do clitóris. Dessa maneira, a sensibilidade não sofre alteração alguma, ensejando um resgate do orgasmo mais facilmente.

A uretra é amputada, entretanto, deixando-se um segmento mais longo, de tal sorte que mucosa fique redundante. Se ocorrer necrose ou infecção pós-operatório imediato, sempre teremos tecido disponível para novo procedimento. Na eventualidade da uretra protusa, a mesma poderá, em um segundo tempo, ser novamente encurtada.

Uma incisão mediana e longitudinal é efetuada no escroto para retirada dos testículos e fêculo espermático. Todo escroto, excetuando-se a cama vaginal, será usado para a construção da vagina.

No períneo, entre o ânus e a raiz do escroto, efetua-se uma incisão em cruz ou em V, abordando-se o espaço imediatamente cranial ao reto e prosseguindo-se até a próstata. Este espaço virtual é dissecado, e através de dilatadores de Hegar, criado um pertuito que será a nova vagina. A ablação pilosa escrotal é efetuada com eletrocautério. Nestas condições, o escroto é invertido e sepultado neste novo espaço, com sutura tão cranial quanto possível.

Um molde metálico ou siliconizado é revestido com gaze e introduzido no orifício, de tal sorte a manter a hemostasia e prevenir eventual colamento da cavidade.

No pós-operatório o paciente, sistematicamente, dilatará a neovagina com artefato siliconizado, até sua estabilização.¹¹²

¹¹² *Apud* ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 109-10.

4 TÉCNICAS CIRÚRGICAS NA CONVERSÃO DO FEMININO PARA O MASCULINO

Para Oliosi da Silveira, é a seguinte a técnica empregada para a cirurgia de neofaloplastia:

Uma vez vencidas todas as etapas legais, clínicas e psiquiátricas, o paciente é levado à cirurgia de laparotomia, com anestesia geral ou bloqueio peridural, para retirada do útero, ovários e anexos.

Após a sua total recuperação, em período de tempo não menor de 30 dias, o paciente é submetido ao segundo tempo cirúrgico. Consiste na retirada da vagina, usando-se a parede anterior da reconstrução da uretra. A mucosa vaginal, tubularizada, se adapta excepcionalmente bem como uretra. A parede posterior da vagina é exteriorizada para fazer parte do escroto. Na hipótese de uma exagerada atrofia de mucosa vaginal o escroto é construído com retalho dos músculo Gracilis, rotado da face medial da coxa. O pênis é construído com enxerto de Chang. O tecido é retirado do antebraço, juntamente com a artéria radial, duplamente tubularizado, respectivamente para a uretra distal e para acolher futuramente a prótese peniana. Este procedimento, especificamente, requer microcirurgia, entretanto o aspecto cosmético peniano perde em qualidade para o enxerto de Chang. O uso do retalho com músculos Gracilis, rotado da face interna da coxa, é reservado para situação onde o paciente não dispõe de tecido adequado no abdômen ou não deseja ficar com cicatriz ampla no antebraço.

O terceiro tempo cirúrgico somente é levado a efeito quando há uma cicatrização perfeita nos tempos anteriores. Demanda aproximadamente três meses. Então, através de pequena incisão na base do neopênis, é introduzido um tubo siliconizado, cujo eixo é composto de uma liga de prata maleável. Esta estrutura, denominada prótese, é fixada no osso do púbis, através de um revestimento com material sintético denominado Dracon. A fixação estabiliza o artefato evitando a extrusão futura. A prótese peniana possui rigidez, suficiente para o coito, e pode, confortavelmente, ser dobrada para baixo, quando não há interesse em atividade sexual.

No mesmo tempo cirúrgico, são introduzidos no novo escroto duas estruturas ovóides, com 20 centímetros cúbicos, com silicone gel no seu interior, simulando testículos.

O paciente, nestas condições, está autorizado á atividade sexual somente 90 dias após o implante das próteses peniana e testicular. Após aproximadamente um ano, a sensibilidade cutânea se estabelece em pelo menos 2/3 do falo.¹¹³

¹¹³ *Apud* ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 108-109.

5 CONSEQUÊNCIAS BIOPSÍQUICAS

Falar sobre as consequências biopsíquicas das cirurgias de *neocolpovulvoplastia* e *neofaloplastia* é tarefa das mais ingentes. Se a Medicina consegue com relevante sucesso analisar as causas do transexualismo, nem sempre consegue antever com precisão cronométrica as consequências da cirurgia de transgenitalização. Assim, as palavras de dois transexuais submetidos à técnica cirúrgica de transgenitalização expressam com maior realismo o que sentiram no seu amanhã.

Certa manhã ao acordar de sonhos inquietos, José viu-se transformado num homem. 'Que se passa comigo?', pensou. Não era um sonho. Todo o corpo gritava de dor. Sofrera oito horas de cirurgia, que lhe removeram os seios e lhe implantaram uma prótese peniana. Porém, José experimentava o melhor momento da sua vida. 'Estava livre', recorda, 'já não tinha nada esconder'. Ganhara a primeira vitória numa batalha para corrigir um erro da natureza. José era um transexual [...] Mas agora já pode dizer, olhando aquela imagem de um homem moreno, baixo e roliço com um tímido sorriso sobre os lábios, 'sou eu'.¹¹⁴

De fato, o que é terrível, é que a única maneira que se usa como critério para a transexualidade é a seguinte: somos mais felizes depois da operação que antes dela? O que equivale a dizer que não se pode saber com certeza senão depois que já é muito tarde para voltar atrás.

Conheço agora um bom número de transexuais. Entre eles, entre os que se fizeram operar, os resultados não são sempre os esperados, longe disso. Deixando de lado os fracassos psicológicos, o número de transexuais operados anatomicamente falando e que ficaram satisfeitos, é muito reduzido. Plenamente consciente do perigo, tratei de detalhadamente ouvir e observar em volta de mim. Constatei que para muitos deles a operação tinha um valor mágico. Esperava-se

¹¹⁴ REVISTA VIDA BRASIL, ano XV, n. 269, out. 2000.

dela mais do que na verdade era cabível esperar, isto é, o que ela fazia era retificar parcialmente anatomia. A maioria pensava que a operação faria deles uma mulher, o que é absolutamente falso. A operação suprime os testículos e o pênis e reconstrói os lábios e uma vagina artificial, que o cirurgião modela utilizando a pele do pênis que se reverte sobre ele mesmo. Vê-se que a própria enunciação do assunto é angustiante, e que para passar por isso se necessita realmente de um grande desejo assim como total consciência do que vai acontecer. E nos damos conta de que não se trata em nenhum momento de fazer de um homem uma mulher, já que o resultado não traz consigo nem ovários nem útero¹¹⁵.

E mister constatar-se que a realidade fática não pode ser ignorada pelo ordenamento jurídico, mormente, quando o indivíduo embasado no princípio constitucional da dignidade humana “*valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida*”,¹¹⁶ busca, em um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, a felicidade.

¹¹⁵ RIHOIT, Catherine; NOLAIS, Jeanne. *Historia de Joana transexual*. Tradução de Laurita Mourão. Rio de Janeiro: Nórdica. p. 147.

¹¹⁶ SILVA, op. cit., p. 93.

III A COMPATIBILIZAÇÃO DA MUDANÇA DE SEXO COM O DIREITO AO NOME E AO SEXO LEGAL

1 O ASPECTO PSICANALÍTICO

No contexto dos capítulos anteriores, restou enfocada a questão da mudança de sexo como instrumento assecuratório à fruição dos direitos da personalidade. De igual modo, à luz dos princípios constitucionais, e sob o influxo do viés garantista, a demonstração de que a alteração do sexo assume, no contexto das individualidades, uma dimensão axiológica.

No plano da subjetividade, de nada valeria o simples ato cirúrgico, descompromissado com outros aspectos que se revelam importantes na vida do indivíduo.

A conversão do masculino para o feminino, ou vice-versa, está a exigir o reconhecimento do Estado no plano da normatividade, permitindo ao indivíduo

não só ver atendidos aspectos do seu psiquismo, mas também ser reconhecido no âmbito social pelo sexo que adotou.

As emanções jurídicas, políticas e sociais resultantes da nova opção sexual são valores que incorporam a dignidade da pessoa humana e devem ser tutelados pela ordem jurídica, como valores fundamentais no modelo de Estado brasileiro.

Para tanto, dois aspectos se revelam importantes para justificar a necessidade de racionalizar o sistema pátrio para admitir-se a redesignação de sexo originário de ato cirúrgico, como fato gerador de efeitos jurídicos: o aspecto psicanalítico e o aspecto jurídico.

Uma abordagem psicanalítica do nome faz sentido na temática sobre comento, mormente quando se pretende afirmar que ao transexual operado assiste o direito de assumir um nome compatível com o seu sexo psíquico e com a sua nova anatomia sexual.

Para fundamentar o sentido psico-analítico do nome, trouxe-se à consideração a obra de David Azoubel Neto, na qual o autor traça um paralelo entre os *“Rituais de nomeação: seu significado nos povos primitivos e civilizados (um estudo psicanalítico a partir dos costumes de uma tribo de indígenas brasileiros – os índios tupinambás)”*.¹¹⁷

Numa introdução sobre o tema, afirma o autor:

O nome é o desígnio dos deuses (dos pais). Carrega em si o peso da tradição, dos acontecimentos pretéritos, daqueles que um dia determinaram a essência do ser. O poder do nome procede, sem dúvida, do sentido mágico da palavra; a sua pronúncia traz a presença do objeto (sujeito) ausente, ainda que este jamais possa estar presente. A palavra é o que está no lugar do ser. Não é

¹¹⁷ AZOUBEL NETO, David. *Mito e psicanálise - estudos psicanalíticos sobre formas primitivas de pensamento*. São Paulo: Papirus, 1993.

propriamente o ser, mas constitui uma forma de representá-lo, substituindo-o fantasmagoricamente.

O indivíduo faz-se chamar pelo seu nome para que os outros evoquem nele, através do nome, esse ser que ele contém, É nele, no nome que está contido o ideal do ser, ainda que esse ideal lhe tenha sido atribuído pelo desejo dos outros.

O nome é, portanto, a forma pela qual a consciência verbal de cada um vem à tona, emerge e inunda, por um momento, a 'realidade' da mente.

É uma forma condensada de tudo quanto já aconteceu, uma forma contraída do que está ou não para vir a ser; é o passado no presente e o futuro do presente..¹¹⁸

Ora, o nome é a palavra que está no lugar do ser. Não é propriamente o ser, mas constitui uma forma de representá-lo, substituindo-o fantasmagoricamente. Como se pretender que um ser que, psiquicamente não se identifica com o sexo morfológico que traz consigo e, via de consequência, com o nome de que é portador, pois o nome que lhe foi atribuído pelos seus (pais) não corresponde ao ser que ele psiquicamente contém, carregue pela vida afora, mormente, agora que conseguiu conformar o seu anatômico com o seu psíquico, um nome que nunca e principalmente, agora, não contém "o ideal do ser".

É esse o drama dos transexuais, desde a fase anterior à operação de redesignação de sexo e que se agrava após a sua realização, pois mais longe ele fica do passado que não é presente e do presente que não é futuro.

E continua David Azoubel Neto:

De fato, a identificação constitui um dos meios mais primitivos de garantir a satisfação das necessidades corporais e psíquicas do indivíduo. Ela remonta a um período do desenvolvimento afetivo onde o amor e o ódio constituem condições ainda pouco diferenciadas nas relações de objeto. A criança ainda não desenvolveu os seus sentimentos o suficiente para adquirir propriedades discriminativas fortes o bastante e imprescindíveis e

¹¹⁸ op. cit., p. 205-206.

isso corresponde a uma fase ou período ambivalente, que essencial em qualquer processo de desenvolvimento.

[...]

Sob um outro aspecto, o processo de nomeação estaria ainda relacionado a uma tentativa de delimitar a individualidade, pois pretende que o sujeito portador de um determinado nome o assimile e seja, desse modo, ajudado – de fora para dentro – a saber (aparentemente não importa com que grau de precisão) quem ele é.

[...]

Há, portanto, sob esse aspecto da identificação, dois tipos fundamentais de nomeação: um interno e outro externo. Quer dizer que, quando se atribui a um sujeito um nome de outro, o que está se fazendo é tentar fornecer-lhe, de forma forçada, um modelo para a identificação de sua individualidade, um modelo que, literalmente, vem de fora. Com isso pretende-se dar ao sujeito-objeto dessa nomeação uma identidade postiça, pelo menos no início alheia ao seu próprio ser, provavelmente na esperança de que, desse modo, ele seja ajudado a adquirir a sua própria; trata-se, por conseguinte, de uma intenção de modelamento. Não é exatamente o mesmo quando se atribui ao sujeito um nome que vem dele; pode-se, inclusive, alegar que uma tal escolha seja interna apenas aparentemente e que para ela confluam fatores e determinantes externos; a escolha pode estar sendo feita por alguém que, ao fazê-lo, privilegiou aspectos igualmente subjetivos; isso pode ser inevitável. De qualquer modo, dar a uma criança que acabou de nascer ou ainda vai nascer um nome já pronto corresponde mais diretamente à realização de um desejo. Por outro lado, dar o sujeito um nome (ainda que supostamente) sugerido pelo que vem dele parece-me conter uma dose maior de respeito pela identidade do indivíduo¹¹⁹.

É dessa dose maior de respeito pela identidade do indivíduo de que fala o autor que precisa o transexual, mormente aquele que, numa atitude de superação de todos os conflitos existentes em seu ser, procura, via cirurgia, a adequação do seu sexo morfológico ao seu sexo psíquico. É essa identificação projetiva que, por certo, busca o transexual quando bate às portas da Justiça na procura, agora, da identificação do sexo civil, se não com o seu sexo morfológico, mas com o seu sexo psíquico. Eis que submetido à cirurgia, já não

¹¹⁹ op. cit., p. 221-223.

traz consigo os elementos anatômicos que o identifiquem como o homem ou a mulher, cujo nome e sexo se encontram assentados no registro civil.

Ainda analisando o processo de nomeação, David Azoubel Neto afirma:

*Penso que o processo de nomeação tenta exprimir de forma verbal um modelo de identidade. O nome é o que se pretende que uma pessoa contenha. Ao apresentar alguém, costumamos dizer: - 'Este é fulano'. No plano da consciência, em geral, o que se deseja é que o nome esteja carregado de objetos bons. **Existem, todavia, nomes que marcam as pessoas que os possuem de um modo para elas mesmas indesejável.** [sem negrito no original]. Como o nome de uma criança costuma ser atribuído pelos pais ou substitutos destes, ele passa a constituir uma fonte de relação objetal, um ponto de convergência para essas relações. Uma questão importante a ser levantada é a maneira sobre a qual o indivíduo irá estabelecer as suas relações com o próprio nome, pelo resto da vida: como uma fonte carregada de objetos bons ou de objetos maus.¹²⁰*

Seria possível exigir-se de um ser humano que traz consigo a marca indesejável do sexo morfológico, a tal ponto que o despreza - fazendo-se eunuco, na busca de uma maior identidade com o sexo psíquico, este, sim, que lhe é querido, desejado, ansiado - que carregue pelo resto da vida, o nome e o sexo que o identifica com sexo morfológico que renunciou?

Na narrativa de Azoubel, encontra-se a seguinte descrição do ritual canibalístico de renomeação dos índios tupinambás do Brasil:

...,o herói, o matador, estava proibido por um tabu rigoroso de comer a carne do inimigo sacrificado. Todos participavam do banquete antropofágico, com exceção dele. Os convidados de outras aldeias amigas levavam pedaços do sacrificado para serem divididos com os parentes. Esse tabu, que era imposto ao matador, estendia-se, durante o período de resguardo, à ingestão de qualquer outro tipo de carne. Provavelmente como uma medida de precaução, porque o espírito do morto, segundo as crenças vigentes, também poderia encarnar nos animais que, desse modo, adquiriam suas prerrogativas. A ele, o matador, eram permitidos apenas os alimentos vegetais e aqueles considerados rituais.

¹²⁰ op. cit., p. 224.

Mas ainda, o personagem central da cerimônia deveria permanecer, durante todo o dia, imóvel, em pé sobre toras de madeira, sem pisar na terra. Uma tal postura sugere, de um certo modo, a necessidade de colocar-se numa posição mais elevada, acima do chão. Daí ele era carregado, com a ajuda de seus companheiros, para uma rede, onde iria permanecer durante um tempo prolongado (numa condição de resguardo), deixando o cabelo crescer até ultrapassar a linha dos ombros. Inclusive para satisfazer necessidades fisiológicas ele dependia da ajuda dos parentes e amigos, sendo transportado como se fosse uma criança. Caracterizava-se um estado de dependência, do qual só poderia sair ao descobrir o seu novo nome (com a ajuda de um sonho, uma visão, uma intuição qualquer). Toda encenação do ritual caminhava no sentido de estabelecer conexões com uma condição que, simbolicamente, poderia ser reportada a uma condição semelhante à de renascimento. Morria, com o sacrifício do inimigo, com a vingança destinada a aplacar a ira dos antepassados, a criança, o adolescente, o adulto jovem e inexperiente, para dar lugar à emergência de um adulto completo, em pleno vigor de suas funções e prestígios – todo um conjunto valorativo dentro do contexto social da tribo. Era assim que se fazia um homem na nação Tupinambá.¹²¹

Assim, tal qual acontecia com o homem novo tupinambá, é necessário que a lei reconheça ao ser humano transexual novo que, com a cirurgia, surgiu o direito de nascer também juridicamente, com um nome adequado à sua morfologia e um sexo que traduza o seu psiquismo, que se adapte ao seu atual estado de sentir-se ser.

Negar-se a tal realidade é frustrar o indivíduo de suas aspirações pessoais, impedindo-o de obter aquilo que ele deseja no plano das necessidades materiais e psíquicas, concorrendo o Estado por via reflexa para a existência de indivíduos infelizes.

A adoção do sexo psíquico há que coincidir com a identidade civil de seu possuidor, numa comunhão de corpo e psiquismo, que ao Estado não é lícito desconhecer.

¹²¹ op. cit., p. 230-231.

2 O ASPECTO JURÍDICO

Clóvis Beviláqua afirma que *“O código civil brasileiro não destaca o direito ao nome, apesar do exemplo alemão(art. 12), depois adoptado pelo Código Civil suíço [sic] (arts. 29 e 30)”*.¹²²

Porém, ao contrário de Clóvis Beviláqua que assevera que o nome civil não constitui um bem jurídico, porque não é coisa suscetível de apropriação em nossa sociedade, Caio Mário afirma: *“...entendemos que existe um direito ao nome, participando com carácter pessoal e não patrimonial da integração da personalidade”*.¹²³

Para Maria Helena Diniz, *“O nome, que integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no meio da família e da sociedade, deverá ser regido pela lei”*¹²⁴ do domicílio.”¹²⁵

Muito embora o Código Civil, como asseverou Clóvis Beviláqua na passagem suso citada, não tenha destacado o direito ao nome, Limongi França consegue vislumbrar resquícios de regulamentação do nome na Consolidação Carlos de Carvalho, quando afirma:

No Brasil, a arbitrariedade na formação dos nomes existiu desde sempre, de acordo aliás com uma tradição que nos vem dos avós portugueses, entre os quais, por exemplo, era costume pôr-se à criança o cognome do padrinho ao invés do nome de família paterno.

¹²² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – Comentado*. Rio de Janeiro: Rio, Edição Histórica, 1975, V. 1, p. 203.

¹²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 169.

¹²⁴ LICC – Art. 7º. A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, capacidade e o direito de família.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 206.

Mas, ao contrário do que se deu em Portugal, pelo que se pode ver do art. 242 do seu Código do Registro Civil, acima citado, os nossos estatutos legais não cuidaram de preencher essa lacuna. Para tanto, tem faltado mesmo apoio dos doutos. Na realidade, de modo geral, não se tem preocupado com o assunto, sendo de se notar que segundo CLÓVIS BEVILAQUA, 'seria vexatório e inútil coibir' a arbitrariedade reinante na matéria.

Assim, durante o Império e os princípios da República, nenhuma lei foi feita para o impedir. A Consolidação Carlos de Carvalho, que, na sua Parte Suplementar metodizou as disposições existentes sobre o 'Registro Civil de Nascimentos, Casamentos e Óbitos', dispôs apenas, no seu art. 30, nº 5, que o assento de nascimento deveria conter 'o nome e sobrenome que forem ou houverem de ser postos à criança.' Desse modo, como observa BEVILAQUA, o filho de um Souza continuou podendo ser inscrito com o sobrenome de Mello; e segundo Rui Barbosa, nos comentários, feitos no 'Parecer', ao art. 240 do Código civil (art. 246 do Projeto), era admissível não só a hipótese do marido não Ter nome família, como ainda de o haver repudiado. Por sua vez, o Regulamento nº 18.542, de 1928, com seu art. 68, item 5, em pouco progrediu nesta matéria. Não é obrigatório – diz SPENCER VAMPRE, falando durante a vigência desse estatuto – dar ao registrando o sobrenome paterno, podendo ser-lhe conferido outro diverso.¹²⁶

Hoje, rege a matéria, a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1993, com as modificações posteriores, a qual traz em seu bojo, mormente após as alterações sofridas, elementos que por certo formarão o convencimento de que a mudança de nome e de sexo dos transexuais operados não será, nada mais nada menos, do que mais um passo na evolução por que passa o nome no Direito registral brasileiro.

Já o art. 54, parágrafo 3º, afirma que “O assento do nascimento deverá conter: o nome, e o prenome, que forem postos à criança”. Muito embora o nome possa ser escolhido a critério do interessado, a Lei prevê, no art. 55, parágrafo único que

Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa oficial, este submeterá por escrito o caso, independentemente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.

¹²⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: RT, 1975. p.203-204.

No que tange à possibilidade ou possibilidades de alteração, a primeira hipótese aventada pela Lei é encontrada em seu art. 56, quando admite:

O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Aqui a Lei trava a primeira refrega com os arautos da imutabilidade do prenome ou nome. Não pede qualquer motivação, não exige procedimento judicial, basta que o cidadão, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, pessoalmente ou por procurador bastante, compareça perante o oficial do registro civil e manifeste o interesse em alterar o seu nome.

No art. 58, a Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973) recebeu nova redação, dada pela Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998, na qual não encontram mais os pregoeiros da imutabilidade, casamata da qual possam disparar contra as pretensões daqueles que por razões óbvias necessitam mudar o nome que tem assente no registro civil. Diz a lei: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Não se admite a adoção de apelidos proibidos por lei”.¹²⁷

Ainda na vigência da redação anterior do art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Washington de Barros Monteiro já admitia um abrandamento da expressão legal “imutável”, doutrinando:

Esses os casos em que se admitem temperamentos à regra legal da imutabilidade do prenome. Mas é preciso não perder de vista o alcance da disposição. O objetivo do legislador é evitar que

¹²⁷ O texto primitivo era do teor seguinte:

“Art. 58. O prenome será imutável.

Parágrafo Único. Quando, entretanto, for evidente o erro de gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como sua mudança mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55, se o oficial não o houver impugnado”.

a pessoa, por malícia ou por capricho, esteja a todo instante a mudar de nome.

*Se, entretanto, não se trata de objetivo inconfessável, como o de ocultar a própria identidade ou causar prejuízo a outrem, mas de mera retificação de engano havido por ocasião da abertura do assento, não há como indeferir-se o pedido, colocando-se destarte o registro em consonância com o nome sempre usado pelo interessado.*¹²⁸

Hoje, pode-se afirmar que existem seis exceções, não mais à regra da imutabilidade, mas à regra da definitividade. São elas: a) a substituição do prenome por apelidos públicos notórios;¹²⁹ b) a facultada ao interessado, dentro do primeiro ano de sua maioridade civil (art. 56);¹³⁰ c) a judicial (art. 57, *caput*);¹³¹ d) a resultante de adoção, a pedido do adotante (ECAD, art. 47, §5º);¹³² e) a resultante de naturalização, quando o estrangeiro poderá declarar “...se deseja ou não traduzir ou adaptar o seu nome à língua portuguesa” (Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980);¹³³ ou f) “...posteriormente à naturalização,

¹²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 91.

¹²⁹ LRP. Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

¹³⁰ LRP. Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

¹³¹ LRP. Art. 57. Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após a audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa.

¹³² ECAD. Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não fornecerá certidão.
§5º. A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

¹³³ Lei nº 6.815/80. Art. 115, *caput*. O estrangeiro que pretender a naturalização deverá requerê-la ao Ministro da Justiça, declarando: nome por extenso, naturalidade, nacionalidade, filiação, sexo, estado civil, dia, mês e ano de nascimento, profissão, lugares onde haja residido anteriormente no Brasil e no exterior, se satisfaz ao requisito a que alude o artigo 112, VII e se deseja ou não traduzir ou adaptar o seu nome à língua portuguesa.

só por exceção e motivadamente será permitida, mediante autorização do Ministro da Justiça" (Lei nº 6.815, art. 153, § 3º).¹³⁴

Muitos doutrinadores pátrios já admitem a operação de mudança de sexo. Entre eles, Antônio Chaves,¹³⁵ Tereza Rodrigues Vieira,¹³⁶ Matilde Josefina Sutter,¹³⁷ Luiz Alberto David Araujo,¹³⁸ Elimar Szaniawski,¹³⁹ Ana Paula Ariston Barion Peres.¹⁴⁰ É a todos comum uma preocupação sobre as conseqüências da operação de transgenitalismo e os seus reflexos no Direito Civil. Tais preocupações recaem sobre os reflexos no registro civil; no casamento, quer do transexual já casado que se submete à mudança do estado sexual, quer do transexual solteiro que, posteriormente à prática da cirurgia modificadora de sexo, pretende se casar; no direito de procriar; no direito social, etc.

Autores existem que, muito embora sejam apontados como vanguardistas de posições, mormente nas razões do Direito em que militam, quando se propõem a opinar sobre o transexualismo, mudança de sexo,

¹³⁴ Lei nº 6.815/80, art. 115, § 3º. Qualquer mudança de nome ou de prenome, posteriormente à naturalização, só por exceção e motivadamente será permitida, mediante autorização do ministro da justiça.

¹³⁵ CHAVES, Antonio, *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplante*. 2º ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1994.

¹³⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues Vieira. *Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996.

¹³⁷ SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médicos-legais*. São Paulo: RT, 1993.

¹³⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹³⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: RT, 1999.

¹⁴⁰ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

disforia de gênero, redesignação de sexo, portam-se com posições dignas do medievo italiano, com um radicalismo tal, que procura negar até a verdade fática, cientificamente atestada da existência do transexualismo. Entre eles, pode-se citar Luiz Flávio Borges D'Urso, no artigo. *"Mudança de nome – Autorização pela Justiça é juridicamente insustentável"* (ANEXO C). Já em diapasão diametralmente oposto, Tereza Rodrigues Vieira, em artigo vindo a lume recentemente, é favorável à adequação do sexo morfológico ao sexo psíquico do transexual, bem como deste ao sexo jurídico ou social.¹⁴¹

Também merecem destaque decisões recentes da Magistratura Nacional, quer em nível de primeiro grau, quer em nível de segundo grau, nas quais se vê reconhecido o direito do transexual ao nome e ao sexo psíquico, após a realização da cirurgia de redesignação sexual (ANEXO D).

Não é objetivo deste trabalho de dissertação fornecer caminhos e soluções para os reflexos no direito da operação de transgenitalismo. Na delimitação do tema, o fim visado era: **"Direitos dos transexuais ao nome e ao sexo psíquico e sua relação com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação."**

A compatibilização da mudança do sexo com direito ao nome e ao sexo legal se harmoniza com a vontade do constituinte de promover o bem-estar de todos no Brasil, sem preconceitos seja de qual natureza for.

¹⁴¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Transexuais adequação de sexo*. Disponível na internet: www.conjur.com.br. Consulta em 07.06.2001

Dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O art. 3º *“...cuida de apontar os objetivos fundamentais que procurará realizar, não propriamente a República Federativa do Brasil, mas o governo do Brasil aplicando a nova Lei Maior”*.¹⁴² “O art.3º encerra uma enunciação dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro”.¹⁴³

O art. 3º deve ser elevado em razão de seus objetivos à categoria dos direitos fundamentais. Os objetivos são, portanto, tarefas, metas, que visam a tornar concretas as mesmas idéias ou propósitos assegurados em forma de princípios pela Constituição.

A promoção de *“bem-estar é relativa”*. Trata-se de um problema subjetivo. *“O que pode parecer bem para o Governo pode não ser assim entendido pelo beneficiário”*.¹⁴⁴

A eliminação de preconceitos deve ser o ideal do bem-estar social que deve ser atingido. Nesse sentido: *“O bem-estar social deve ser buscado, eliminando preconceitos de raça, sexo, idade, origem e outras formas de discriminação”*.¹⁴⁵

¹⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.20.

¹⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.Vol.I.p.443.

¹⁴⁴ CRETTELA JR. J. *Comentários à constituição 1988: artigos 1º a 5º*. 3.ed. Forense Universitária,1997. p.164.

¹⁴⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira: 1ª vol. arts.1º a 21*. São Paulo: Saraiva, 1989.p.48.

FERREIRA traz a idéia da programação ideológica e da eliminação da discriminação quando declara: *“A programação ideológica da Constituição é eliminar tal discriminação”*.¹⁴⁶

A sociedade brasileira atual, no pensar do constituinte de 1988, deve ser baseada, fundamentada, alicerçada na harmonia social da nação.

No pensar do constitucionalista, todos os preconceitos devem ser abolidos:

*...a tônica, repetitiva da Constituição de 1988, é um fato, pois, no Preâmbulo, os constituintes proclamam, em nome do povo brasileiro, que representam, a instituição, no País, de um novo Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, como valores supremos de uma sociedade fraterna e sem preconceitos [...] Realmente, todos os preconceitos devem ser abolidos, numa sociedade que a Constituição pretende ser aberta.*¹⁴⁷

Não se admite no mundo de hoje, *“...qualquer distinção com base na diferença de sexos”*.¹⁴⁸ Nos dias atuais, todo ser humano deve ser tratado igualmente perante a lei, assegurados os mesmos direitos e as mesmas oportunidades a todos, independentemente de sua designação sexual.

A Constituição de 1988 visa a erradicar todo e qualquer preconceito, estabelecendo igualdade de tratamento para o ser humano, libertando-o de quaisquer formas de discriminação.

O constituinte brasileiro foi redundante ainda quando abordou outras formas de discriminação (origem, raça, sexo, cor e idade) e, mais tarde,

¹⁴⁶ FERREIRA, Pinto, op.cit., p.48.

¹⁴⁷ CRETTELA, JR, op. cit., p.164.

¹⁴⁸ CRETTELA, op. cit., p.166.

“...enuncia a fórmula genérica que, na verdade abrange todas essas espécies e outras que surgirem e que se caracterizam como formas discriminatórias.”¹⁴⁹

Todavia, não se pode calar diante da nova realidade fática dos transexuais que se submeteram à cirurgia de redesignação de sexo, uma vez que, mantendo-se a inadmissão da retificação no registro civil do nome e do sexo, por certo violado restará o princípio constitucional da promoção do bem de todos, sem distinção de qualquer natureza.

A busca de soluções para o problema passa não só por uma nova ordem legislativa infraconstitucional, mas, principalmente, por um fazer valer o princípio constitucional da *“igualdade de todos sem distinção de qualquer espécie”*.¹⁵⁰ Mormente, num modelo garantista, em que o Poder Judiciário se submeta a lei enquanto válida, como bem acentua Ferrajoli:

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remetida a la valoración del juez.¹⁵⁰

Na análise do Direito Processual Constitucional, Dinamarco afirma:

*A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se a tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada **jurisdição constitucional voltada ao controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela constituição***

¹⁴⁹ CRETTELA, op.cit.p.168.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, op, cit. p. 26.

(“jurisdição constitucional das liberdades”), mais toda idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.” [não negrito no original]

É da chamada “jurisdição constitucional” voltada “à preservação de garantias oferecidas pela constituição” que se deve lançar mão, na busca da “instrumentalidade processual”, como meio de efetivação da normal constitucional que assegura ao ser humano “...a promoção do seu bem-estar sem preconceito e outras formas de discriminação.”¹⁵¹

Ressalte-se que esse objetivo prático necessita de um “juicio de eficacia”, de que fala Serrano:

- a) *Eficacia de cumplimiento*. Se constata en el entorno del sistema el hecho de que la norma x é cumplida por sus destinatarios(cuando há sido hecha para ser cumplida, o que no se cumple cuando há sido hecha para no ser cumplida).
- b) *Eficacia de sanción*. Se constata en el entorno dei sistema jurídico el hecho de que la sanción prevista por la norma x se aplica en los supuestos de su incumplimiento.
- c) *Efectividade*. Se constata el hecho de que com la norma x los poderes públicos alcanzan los fines para los que la promulgaron.
- d) *Eficiencia*. Se contata el hecho de que la norma x alcanza com un coste razonable los fines para la que fue promulgada.”¹⁵²

Outra não é a lição de Dinamarco, senão a de que “*Em todo campo coberto pela jurisdição constitucional das liberdades vê-se, pois, a obcecada preocupação em dar efetividade às garantias que a Constituição oferece, para que não fiquem em mera promessa.*”¹⁵³

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido R. A instrumentalidade do processo. São Paulo: RT, 1987, p. 25.

¹⁵² SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia. La aportación garantista e la teoría de la norma jurídica*. Madrid. 1999. p. 63.

¹⁵³ DINAMARCO, op. cit., p. 31.

Só com a eficácia de cumprimento das garantias constitucionais da *"igualdade de todos, sem qualquer distinção," "da promoção do bem de todos sem preconceitos e outras formas de discriminação"*, bem como do *"respeito à dignidade da pessoa humana"*, poder-se-á ensinar àqueles que apresentam desconforto com o seu sexo anatômico natural e desejo de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto o direito de adequação do seu sexo anatômico ao psíquico, para, posteriormente, adequar o seu sexo civil ao sexo psíquico.

Em frente aos excertos doutrinários trazidos a lume, que sustentam a tese da viabilidade da alteração do nome, nenhuma dúvida existe de que o sistema deve assegurar ao indivíduo o direito de ter reconhecido o sexo de sua opção, consolidado no campo jurídico, o que a realidade fática já se encarregou de determinar

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se teve, na elaboração deste trabalho, a intenção de apontar soluções definitivas para o tema “*Direito dos transexuais ao nome e ao sexo psíquico*”, mas, tão-somente, por meio de uma pesquisa interdisciplinar, traçar-lhe os contornos, constatar-se a realidade fática do tema, o seu alcance social, a necessidade de normatização, evitando-se, assim, um verdadeiro contorcionismo de hermenêutica para se possa fixar o seu alcance sob o pálio da Lei Maior do País e sob uma ótica garantística.

Neste estudo foi possível observar:

- a determinação da identidade sexual do ser humano, que via de conseqüência se transforma na identidade jurídica do seu sexo, ainda ocorre por meios meramente morfológicos. Veja-se a genitália e dela se saberá se é homem ou mulher;
- elementos outros: genético, endócrino, psíquico e morfológico devem ser considerados na determinação do sexo biológico do ser humano, para que daí se possa caminhar com passos mais seguros na determinação do sexo jurídico;

- os caracteres sexuais primários e secundários já não são suficientes para a determinação do sexo do indivíduo, afirmando-se mesmo a necessidade da análise de caracteres terciários, psicossociais, os quais deverão fundamentar o sexo civil ou jurídico, que deverá coincidir com a realidade psicossocial do ser humano registrando, escoimando o assento de nascimento de ambigüidades, sejam decorrentes do transexualismo, intersexualismo ou hermafroditismo;
- transexual é o indivíduo que rejeita seu sexo biológico e, diante de tal rejeição, a única terapia para a “disforia de gênero” tem sido as cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia. Identificando-se com o sexo oposto, ao qual obsessivamente deseja pertencer, rejeita qualquer tentativa de recondução ao seu sexo biológico, almejando a transformação da genitália, bem como a redesignação de sexo, decorrendo daí a sua distinção do intersexual e do hermafrodita;
- o Conselho Federal de Medicina, pela Resolução CFM, nº 1.482, DE 10 DE SETEMBRO DE 1997, admitiu a intervenção cirúrgica de mudança de sexo (ANEXO B);
- a matéria atinente à redesignação do sexo em transexuais e à correção do sexo nos intersexuais e hermafroditas deve ficar restrita ao campo da Medicina e à vontade e expresso consentimento do paciente, se maior e capaz, e à vontade e expresso consentimento do paciente e dos pais ou responsáveis, se menor;

- a Justiça é de todo dispensável nas hipóteses de mudança de sexo mediante intervenção cirúrgica, sendo desnecessária autorização para tanto;
- a presença da Justiça ficaria circunscrita à redesignação do nome e do sexo no registro civil do operado, pois, o Registro de Nascimento é matéria de administração pública de interesse privado;
- o Direito brasileiro adotou o princípio da definitividade do prenome, sem, contudo abrir mão do princípio de que “a toda regra há uma exceção”, pois excetuou uma série de casos em que o definitivo se transmuda em temporal, tais como: hoje podemos afirmar que existem seis exceções, não mais à regra da imutabilidade, mas à regra da definitividade. São elas: a) a substituição do prenome por apelidos públicos notórios; b) a facultada ao interessado, dentro do primeiro ano de sua maioridade civil (art. 56); c) a judicial (art. 57, *caput*); d) a resultante de adoção, a pedido do adotante (ECAD, artigo. 47, § 5º); e) a resultante de naturalização, quando o estrangeiro poderá declarar “...se deseja ou não traduzir ou adaptar o seu nome à língua portuguesa”(Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980); ou f) “...posteriormente à naturalização, só por exceção e motivadamente será permitida, mediante autorização do Ministro da Justiça”(Lei nº 6.815, art. 153, § 3º).
- sentença judicial que reconhecer a redesignação do nome e do sexo no registro de nascimento do submetido à cirurgia de redesignação ou correção de sexo, será inscrita no registro civil mediante mandado

do qual não se fornecerá certidão, não se admitindo qualquer designação discriminatória;

- a cirurgia de redesignação de sexo poderá ser realizada por pessoal de qualquer estado civil, ficando, aos cônjuges daqueles que a realizarem durante a constância da sociedade conjugal, facultado pedir a dissolução da sociedade conjugal. A dissolução da sociedade conjugal e/ou do divórcio em decorrência da redesignação sexual não modificará os direitos e deveres do pai submetido à cirurgia de redesignação em relação ao filhos;
- ao transexual será assegurado o direito à paternidade ou maternidade, decorrente de inseminação artificial heteróloga ou adoção.

O anteprojeto de lei que se oferta, em anexo, constitui, antes, uma prova da necessidade legislativa por que passa o País, do que a pretensão de apontar soluções definitivas para o problema.

Mas não deve causar espanto a pobreza legislativa sobre assunto tão atual, tão palpitante e atualíssimo como o sobre comento. Nosso país, em pleno século XXI, regula o ato de mercar com base em princípios e legislação da primeira metade do século XIX, tem um Código Civil gestado no apagar das luzes do XIX, vindo a lume no primórdios do século XX, cujo anteprojeto de reforma data de 19 de março de 1973 e que, só agora, em agosto de 2000, logrou aprovação nas casas legislativas do Congresso Nacional, transformado em lei, com “vacatio legis” de dois anos. Prevê, no Código Penal da primeira metade do século XX, fruto de um regime ditatorial e caudilhesco, todavia,

obediente, no texto, ao princípio da legalidade, tipos como: o adultério, a sedução, o rapto consensual, a manutenção de casas de prostituição, a prática de ato obsceno. Este último resulta na punição de pobres diabos bêbados que empunham seus falos para mictar, enquanto outros e outras desnudas desfilam em carro aberto nas escolas de samba ou fazem chamadas para emissoras de televisão impunemente.

O País é esse. Vive-se nele. Deve-se ser elemento de mudança, construindo-o mais justo, mais humano, assegurando-se ao ser humano nele vivente todos os direitos, da primeira à quarta geração.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: JB, 1993. 879 p.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. *Perícia médica judicial*. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1982. 367 p.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. 162 p.

AZOUBEL NETO, David. *Mito e Psicanálise: estudos psicanalíticos sobre formas primitivas de pensamento*. São Paulo: Papirus, 1993. 298 p.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999. 320 p.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, 466 p., v. 6, 582 p.e v. 9, 587 p.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil do Estados Unidos do Brasil*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1980. v. 1, 1.339 p..

BOBBIO, Norberto (Coord.). *Dicionário de política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999. 1.330 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. 793 p.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999. 188 p.

CALDAS, Gilberto. *Novo dicionário de latim forense*. São Paulo: LEUD, 1984. 342 p.

CAMARGO JÚNIOR, Benedito Soares de. *Aulas de medicina legal*. 4 ed. Goiânia: UFG, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. 1.414 p.

CARLETTI, Amilcare. *Dicionário de latim forense*. 2 ed. São Paulo: LEUD, 1988. 430 p.

CARLIN, Volnei Ivo. *Dentologia jurídica: ética e justiça*. 2 ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. 180 p.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: RT, 1994.

CÓDIGOS DE HAMURABI, MANU E LEI DA XII TÁBUAS. São Paulo: Edipro, 2000. 160 p.

CRETTELA JR. J. *Comentários à Constituição 1988: artigos 1º a 5º*. 3.ed. Forense Universitária, 1997. 164 p.

D'URSO. Luiz Flávio Borges. *Mudança de nome: autorização pela justiça é juridicamente insustentável*. Disponível em: <[www. conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Consulta em 07.06.2001.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro - interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. 416 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. 20 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1.499 p.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira: 1ª vol. arts.1º a 21*. São Paulo: Saraiva, 1989. 48 p.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2000. 93 p.

FOULCAUT, Michel. *História da sexualidade*. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 152 p., 1999, 2. 8. ed, 232 p, 1998, 3. 6. ed, 246 p, 1999.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 6. ed. São Paulo: BYK, 1994. 599 p.

FRANÇA, R. Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: RT, 1975. 679 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: RT, 1998. 548 p.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *FREUD e o inconsciente*. Rio de Janeiro: Zahar, 1987. 237 p.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. 34 p.

JUNG, C.G. *A energia psíquica*. Tradução de Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha. Petrópolis: Vozes, 1983, 78 p.

JUSTINO, Denise; FRIAS, Sílvia. *Transexualismo*. Consulex, Brasília, ano V, n. 101, p.18-24, mar. 2001.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Técnicas de pesquisa e metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Atlas, 1992. 214 p.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. 577 p.

MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Lisboa: Livros Horizontes. 6. ed. 1990.

MICHAELIS: *moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Cia. Melhoramentos, 1998. 2.259 p.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 320 p.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. Rio de Janeiro: Borsoi. 629 p.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 127 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1, 499 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 285 p.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. São Paulo: Renovar, 2001. 282 p.

REVISTA VIDA BRASIL. Este não é o meu corpo. Ano XV, n. 269, p. 47-51, out. 2000.

REYES, E. Ferrán de los. *Atlas anatômico do corpo humano*. Tradução de Ilson Ávila Dominot. Rio de Janeiro: Ibero-Americano, 1985.

RIHOT, Catherine; NOLAIS, Jeanne. *História de Joana Transexual*. Rio de Janeiro: Nórdica, 1980. 175 p.

SALOMON, Dêlcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. 412 p.

SANTOS, Simone. *Transexualidade na justiça penal*. Monografia. (graduação em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

São Paulo. Tribunal de Justiça. Acórdão da Quinta Câmara da Seção de Direito Civil. Em: <capa.htmcapa.htm> Acesso em: 22 jul. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998. 386 p.

SÉGUIR, Jaime de. *Dicionário prático ilustrado*. Porto: Lello e Irmãos, 1986. 2.023 p.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito á intimidade de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1998*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2001. 97 p.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médicos-legais*. São Paulo: RT, 1993. 175 p.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: RT, 1999. 276 p.

SZNICK, Valdir. *Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979. 65 p.

VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. 203 p.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Transexuais adequação de sexo*. Curitiba, 2000.
Disponível em <www.conjur.com.br>. Consulta em 07.06.2001.

WHITMONT, Edward C. *A busca do símbolo: conceitos básicos de psicologia analítica*. Tradução de Eliane Fittipaldi Pereira e Kátia Maria Orberg, São Paulo: Cultrix, 1995. 301 p.

ANEXOS

ANEXO A

ANTEPROJETO DE LEI

Dispõe sobre a cirurgia de redesignação de sexo e seus consectários legais.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º. Fica acrescido ao art. 129, do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1941 - Código Penal, o § 9º, com a seguinte redação:

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

§ 9º. Não constitui fato punível a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando destinada a alterar o sexo de pacientes, transexuais, intersexuais e hermafroditas, considerada necessária em parecer unânime de junta médica e precedida de todos os exames necessários, e do consentimento expresso do paciente, se maior e capaz, e também o de seus pais ou responsáveis, se menor.”

Art. 2º. O inciso IV do art. 219, da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

[...]

IV – a condição de transexual submetido à cirurgia de redesignação de sexo, ignorada pelo outro nubente.”

Art. 3º. O art. 5º “*caput*”, e art. 27 “*caput*” da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 – Lei do Divórcio, passarão a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges, quando o outro, com ou sem a anuência do cônjuge, submeter-se à cirurgia de redesignação de sexo, ou imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

Art. 27. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, qualquer que tenha sido a causa da separação.”

Art. 4º. Os arts. 57 “*caput*” e o 58º “*caput*”, e seu parágrafo único da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei dos Registros Públicos, passarão a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 57. Qualquer alteração posterior do nome e do sexo, somente por exceção e motivadamente, após ouvir o Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa, ficando vedada a publicação retro, nos casos dos transexuais, intersexuais e hermafroditas, hipótese em que não se fornecerá certidão do mandato, salvo a pedido do interessado ou mediante determinação judicial, nem constarão do registro indícios da condição sexual do registrado.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição, nos casos de alteração ou correção do sexo morfológico (transexualismo, intersexualismo e hermafroditismo).

Parágrafo Único. Admite-se, também, a substituição do prenome por apelidos públicos e notórios, desde que não proibidos por lei.”

Art. 5º. Fica assegurado aos transexuais, intersexuais e hermafroditas submetidos à cirurgia de redesignação ou correção de sexo os direitos e obrigações advindos do seu novo estado sexual.

Brasília, de de ; da Independência e da República.

Assinatura.

ANEXO B

Resolução CFM, nº 1.482/97

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e, CONSIDERANDO a competência normativa conferida pelo artigo 2º da Resolução CFM nº 1.246/88, combinado ao artigo 2º da Lei nº 3.268/57, que tratam, respectivamente, da expedição de resoluções que complementem o Código de Ética Médica e do zelo pertinente à fiscalização e disciplinado ato médico;

CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenotipo e tendência à auto mutilação e ou auto-extermínio;

CONSIDERANDO que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;

CONSIDERANDO a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e ou neofaloplastia;

CONSIDERANDO o que dispõe o artigo 199 da Constituição Federal, parágrafo quarto, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de transexualismo;

CONSIDERANDO que o artigo 42 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e não há lei que defina a transformação terapêutica da genitália in anima nobili como crime;

CONSIDERANDO que o espírito de licitude ética pretendido visa fomentar o aperfeiçoamento de novas técnicas, bem como estimular a pesquisa cirúrgica de transformação da genitália e aprimorar os critérios de seleção;
CONSIDERANDO o que dispõe a Resolução CNS nº 196/96;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na Sessão Plenária de 10 de setembro de 1997,

RESOLVE:

1. Autorizar, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo;

2. A definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: desconforto com o sexo anatômico natural;

- desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;

- permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;

- ausência de outros transtornos mentais.

1. A seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios abaixo definidos, após dois anos de acompanhamento conjunto:

- diagnóstico médico de transexualismo;

- maior de 21 (vinte e um) anos;

- ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia;

4. As cirurgias só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa.

5. Consentimento livre e esclarecido, de acordo com a Resolução CNS nº 196/96;

6. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília- DF, 10 de setembro de 1997. BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1.482/97.

ANEXO C

Luiz Flávio Borges D'Urso: *"Mudança de nome – Autorização pela Justiça é juridicamente insustentável"*

A sensibilidade geral verifica a angústia daqueles seres que se sentem inconformados com sua aparência física sexual, com a qual os brindou a natureza, porquanto são compulsoriamente condenados a suportar uma dicotomia entre seu sexo físico e seu sexo psíquico, inconciliáveis e totalmente antagônicos.

Para essas pessoas, em alguns países do mundo, encontrou-se uma suposta saída para o problema, autorizando-se a cirurgia na qual o indivíduo altera suas genitálias para dar aparência que pertence ao sexo oposto.

Na verdade essa é uma saída paliativa, mas que tem atendido a expectativa existencial daqueles seres, pois embora na verdade jamais possa haver mudança de sexo, a cirurgia aproxima seu aspecto físico externo do seu sexo interior, o que certamente já alivia bastante suas angústias.

Todavia tal transformação não seria suficiente para atender o indivíduo, que tem se denominado transexual, sem as respectivas alterações de seus

registros, para efeito de se ver abandonado o sexo antigo, fazendo aquele ser assumir, integralmente e totalmente seu suposto e aparente "novo" sexo.

No Brasil, nossa legislação tem, sistematicamente, proibidos tais expedientes, entendendo ser uma lesão corporal de natureza grave a cirurgia que extirpa o órgão sexual masculino, pela perda permanente de função.

Da mesma forma e com mais razão, já que veda a cirurgia, impede, nossa lei, de se retificar registros públicos da pessoa, mesmo que por sua própria provocação, quando objetivam retificação de sexo, sem que se tenha verificado equívoco, erro ou outro vício.

A realidade obriga a verificação do problema diante da necessidade humana, a atender aqueles que desejam dispor de seu próprio corpo, provocando em si mesmo uma modificação estética, inclusive com perda de função, mas que pode representar uma oportunidade para que aquela criatura possa tentar bem viver, uma vez que diante da transexualidade, torna-se impossível a paz para que possa viver normalmente.

Isto, a nosso ver já revelaria motivo suficiente para que o Estado deixasse de tutelar o que o particular, titular desse bem jurídico, pode dispor como bem entender, portanto, há que se advogar em favor de mudança legislativa que autorize a cirurgia para aparente mudança de sexo, pois entendemos que a legalidade dessas cirurgias possam melhorar a vida de muitas pessoas.

E o que deve procurar o legislador, senão melhorar a vida de seus representados, sem discriminação ou preconceitos, mas numa tentativa sincera de regular algo que está na esfera de decisão e disponibilidade da própria pessoa humana?

Ocorre, todavia, que a pleiteada alteração nos registros pessoais não pode gozar da mesma simpatia, posto que encerra em si mesma problemas muito mais graves que a simples alteração de um registro qualquer.

Na verdade trata-se da determinação jurídica do sexo e esta é a que resulta, primariamente, do registro civil, que é realizado quando do nascimento da criatura. Nossa legislação entende que só há pessoa, quando houver nascimento com vida e a determinação do sexo se dá naquele momento, de forma a adequar os direitos e até futuros deveres da pessoa que nasceu.

Assim, a determinação do sexo, como vimos deve ser feita no momento do nascimento, por meio do registro civil, que é, segundo a melhor definição de registro, um conjunto de atos autênticos, tendentes a ministrar prova segura e certa do estado das pessoas; ele fornece meios probatórios fidedignos, cuja base primordial descansa na publicidade que lhe é imanente, segundo Washington de Barros Monteiro.

A importância do sexo jurídico, sem muito esforço, é flagrante, pois encerra direitos, deveres, inclusive para com terceiros, a partir do nascimento, de forma que o sexo jurídico é definido pela simples observação dos órgãos genitais do nascituro, revelando tal observação, geralmente, fonte segura para definição do sexo.

Nesse diapasão, pode-se admitir que uma pessoa poderá alterar a definição de seu sexo, isto é, retificar o registro que define seu sexo jurídico, desde que, e somente se, houver vício no momento original do registro.

Há casos na literatura jurídica que revelam autorização judicial para retificação de registro, quando equivocados, face a má-formação das genitálias da criança, tendo-se observado equivocadamente seu sexo, ou casos em que o despreparo ou emoção e até má-fé, provocam um registro errôneo.

Dessa forma, como observamos, existe possibilidade de se alterar o registro do sexo de alguém, desde que, tal alteração sirva para retificar um equívoco, atendendo a verdade real, vale dizer, no Brasil, somente se admite a retificação do registro do sexo quando esta retificação destina-se a retratar a realidade.

De pronto, salta a pergunta que incomoda o transexual que pretende ser operado. Poderá ele retificar seu registro de sexo, anulando o registro de seu sexo anterior, por livre escolha, após ter sido submetido a uma intervenção cirúrgica que tenha extirpado seu órgão sexual masculino, por exemplo?

Parece-nos que não. Falamos que o registro retrata a verdade e deve ser fonte fidedigna de prova da verdade. Ora, como sustentar que alguém operado, visando mudar de sexo, tenha efetivamente adquirido o sexo oposto, no mesmo sentido, como admitir que um homem que teve seu pênis retirado e no local, por obra de uma bem feita cirurgia plástica, esculpido uma aparente vagina, afirmar-se que estamos diante de uma mulher.

A operação de mudança de sexo, realizada pelo transexual pode lhe dar aparência externa de outro sexo, mas jamais o transformará em um ser do outro sexo, pois aquele homem sem pênis, um eunuco, jamais terá ovário, trompas, etc. e sua vagina não terá elasticidade, não será revestida por mucosa e sim por pele e não haverá lubrificação vaginal, portanto, jamais será uma mulher.

Ora, se a retificação só se admite para retratar a verdade, jamais se poderá admitir retificar o registro de um homem que embora operado, com seu pênis extirpado, continua sendo um homem, não se admitindo que sua aparência feminina determine seu sexo jurídico, que sempre será masculino.

Portanto, embora o registro represente para o ser operado, que teve seu sexo aparente transformado, um elo que lhe ata ao seu sexo anterior, causando-lhe constrangimento, não se pode admitir legalizar a inverdade, sob pena de se

abalar todo o sistema que aceita a informação constante de registro público como verdadeira e fidedigna, até prova - e prova da verdade, em contrário.

Derradeiramente, outro aspecto que nos parece importante é quanto a certeza dos registros para exame da vida pregressa do sujeito. Caso admitíssemos a possibilidade da retificação do registro público, alterando-o para adequá-lo à aparência nova do ser, sem qualquer referência ao seu antigo estado, não se teria segurança quanto ao exame daquele sujeito, que após ter "mudado seu sexo", teria, caso apresentasse múltiplas condenações, um verdadeiro salvo conduto, até uma reabilitação pela avessas, pois seria como se tivéssemos a extinção da punibilidade pela "morte" daquele agente, que após ter sido operado, ganhasse nova vida, inteiramente limpa, desprezando-se todo seu passado e seus atos pretéritos.

As necessidades e as angústias daqueles que pretendem submeter-se à cirurgia de "mudança de sexo", entendemos legitimar a proposta objetivando trazer tal operação para legalidade, não vislumbrando-se mais o crime de lesão corporal dolosa, com perda de função. Todavia, o avanço é significativo, mas retificar-se o registro de seu sexo, sem qualquer referência ao registro anterior, parece-nos uma grande irresponsabilidade, que juridicamente revela-se insustentável.

Como alternativa paliativa, poder-se-ia admitir a retificação do registro para o sexo aparente, desde que ficasse consignado o sexo, nome e demais

informações anteriores que foram retificadas. Ao que parece, tal medida não impediria o constrangimento que se tenta evitar, mas continuaria a garantir nosso sistema, dando segurança a seus registros!

Revista **Consultor Jurídico**, *Mudança de nome. autorização pela justiça é juridicamente insustentável*. 11 de abril de 2001. Disponível na internet. WWW.conjur.com.br

ANEXO D***Acórdão da Quinta Câmara da Seção de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo***

*Apelação Cível nº 165.157.4/5. Apelante: Adão Lucimar *****. Apelado: Ministério Público. Rel. Des. Boris Kauffmann. Data do julgamento: 22/03/2001.*

Votação unânime.

Voto 6.930.

Registro civil. Pedido de alteração do nome e do sexo formulado por transexual primário operado. Desatendimento pela sentença de primeiro grau ante a ausência de erro no assento de nascimento. Nome masculino que, em face da condição atual do autor, o expõe a ridículo, viabilizando a modificação para aquele pelo qual é conhecido (Lei 6.015/73, art. 55, par. único, c.c. art. 109). Alteração do sexo que encontra apoio no art. 5º, X, da Constituição da República. Recurso provido para se acolher a pretensão. É função da jurisdição encontrar soluções satisfatórias para o usuário, desde que não prejudiquem o grupo em que vive, assegurando a fruição dos direitos básicos do cidadão.

1. Cuida-se de ação de conhecimento tendo por objeto a alteração do assento de nascimento do autor, tanto em relação ao nome como ao sexo. Fundamenta-se no fato de ser transexual, tendo se submetido a cirurgia plástica para adequar seu sexo físico ao psicológico. Com relação ao sexo indicado no assento, formulou pedidos alternativos: a supressão da indicação **masculino**, substituindo-se por **feminino**, ou então por **transexual feminino**.

A sentença de fls. 68/72, cujo relatório é adotado, com a declaração de fls. 76, desacolheu a pretensão apoiando-se na inexistência de erro na lavratura do assento de nascimento, impondo ao autor os ônus da sucumbência, com a observação de ser ele beneficiário da assistência judiciária.

Apelou o autor buscando a reforma da sentença, com o acolhimento de seu pedido de alteração do assento de nascimento. Sustentou que a utilização de seu nome o expõe a situações embaraçosas. Salientou que não se pode fechar os olhos para uma realidade, qual seja, a de que não mais possui as características do sexo masculino, mas, sim, as do sexo feminino. Em relação ao nome constante do registro, acrescentou que o princípio da inalterabilidade não é absoluto (fls. 78/86).

Recebido o recurso, o Ministério Público, em contra-razões, admitiu o provimento parcial apenas para deferir a alteração do nome, mantida, no entanto, a indicação do sexo masculino (fls. 88/89).

A Procuradoria Geral de Justiça, através do parecer da Dra. Leila Mara Ramacciotti Vasconcellos, opinou pelo provimento integral do recurso, alterando-se o nome e o sexo no assento de nascimento do autor (fls. 93/102).

2. Autorizado pelo art. 46 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, o assento de nascimento do autor foi feito apenas em 20 de dezembro de 1979, quando este já tinha 13 (treze) anos. Tendo sido declarante a mãe, indicou ela ao oficial o nome completo do registrando - Adão Lucimar ***** ** ***** – e que o seu sexo era masculino (cf. doc. fls. 13).

Submetido a perícia médica nestes autos, realizada no Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo – IMESC -, constatou-se que o autor apresenta “mamas bem desenvolvidas (com prótese de silicone”, “ausência de genitália masculina” e “presença de neo-vagina e vulva”. Ao identificar o sexo do autor, o perito, após destacar os vários critérios para tanto, concluiu: “... a mudança do registro do sexo é assunto filosófico, visto a discussão anteriormente feita sobre sexo, pois apesar de seus caracteres morfológicos e até psíquico, geneticamente sempre será do sexo masculino, pela presença dos cromossomos sexuais “XY”, que é imutável, associado à total impossibilidade de procriar, pois não tem testículos e nem ovários (espermatozóides e óvulos respectivamente)” (fls. 49/54). A avaliação psiquiátrica concluiu que o autor tem condições “de assumir plenamente sua natureza feminina”, anotando que, segundo seu relato, com 9 (nove) anos começou a notar as diferenças de atitudes e comportamentos, inclinados para

a feminilidade, tendo tido seu primeiro namorado aos 12 (doze) anos, e, a partir dos 13 (treze) anos, a vestir-se como se menina fosse (fls. 55/56). A perícia concluiu que o autor é um transexual.

3. Pedro Jorge Daguer, em sua tese de mestrado apresentada ao Instituto de Pós-Graduação Psiquiátrica da Universidade Federal do Rio de Janeiro, citado por Antonio Chaves, esclarece que “por transexualismo masculino entende-se a condição clínica em que se encontra um indivíduo biologicamente normal (...) que, segundo sua história pessoal e clínica, e segundo o exame psiquiátrico, apresenta sexo psicológico incompatível com a natureza do sexo somático” (“Direito à vida e ao próprio corpo”, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pág. 141). Aracy Augusta Leme Klabin também define o transexual dessa forma: “é um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo” (“Transexualismo”, *in* Revista de Direito Civil, vol. 17, pág. 27).

O transexual não se confunde com o travesti ou com o homossexual. No travestismo, a característica principal é o uso de roupa cruzada, por fetichismo ou por defesa; no homossexualismo, a identificação é feita pelo relacionamento sexual com pessoas do mesmo sexo. Também não se confunde com o hermafroditismo verdadeiro ou com o pseudo-hermafroditismo. Esclarece, a respeito, Carlos Fernandez Sessarego: *“El primero de ellos, como lo señala la literatura especializada es um síndrome que se caracteriza “por la presencia simultánea, em el mismo individuo, de la gónada masculina y de aquella femenina”, cuya coexistência “influye, de modo variable, sobre la conformación de los genitales externos, el aspecto somático y el*

comportamiento síquico. El pseudo-hermafroditismo, tanto masculino como femenino, representa la carencia, en un mismo individuo, de homogeneidad entre los órganos genitales externos y el sexo genético. Esta situación se diferencia del transexualismo en tanto en éste no se presentan anomalías a nivel de la gonada o en lo que atañe a los genitales externos ("El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares", in *Revista de Direito Civil*, vol. 56, pág. 7).

Costuma-se, além disso, distinguir o transexual primário do secundário. "O *primário* compreende aqueles pacientes cujo problema de transformação do sexo é precoce, impulsivo, insistente e imperativo, sem ter desvio significativo, tanto para o transvestismo quanto para o homossexualismo. É chamado, também de esquizossexualismo ou metamorfose sexual paranóica. O *secundário* (homossexuais transexuais) compreende aqueles pacientes que gravitam pelo transexualismo somente para manter períodos de atividades homossexuais ou de transvestismo (são primeiro homossexuais ou travestis). O impulso sexual é flutuante e temporário, motivo pelo qual podemos dividir o transexualismo secundário em transexualismo do homossexual e do travesti" (Aracy Klabin, "Aspectos jurídicos do transexualismo", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 90, 1995, pág. 197). Pode-se afirmar, portanto, que no transexual secundário, o transexualismo é o meio para a atividade homossexual ou de transvestismo, ao passo que no transexual primário, o transexualismo é o próprio fim.

Essa cisão entre o sexo somático e o sexo psicológico poderia indicar a terapia como tratamento para ajustar este último ao primeiro. No entanto, destaca Matilde Josefina Sutter ser “inócua qualquer tentativa no sentido de reconduzir psicologicamente o transexual ao seu sexo anatômico, uma vez que todas as técnicas psicoterápicas se mostram absolutamente ineficazes, nesse sentido, possivelmente devido à falta de cooperação do paciente, que rejeita o tratamento”. E prossegue: “Afirmamos em outra ocasião, que nenhum argumento é capaz de demovê-lo, pois o ‘transexual, em geral, na prática, não admite discutir essa situação, só o fazendo com vistas à mudança de sexo. Esta lhe é tão necessária que absorve todo o seu interesse, de modo a impedir o seu desenvolvimento pessoal’. O transexual se ofende e se revolta quando lhe indicam tratamento psicoterápico” (“Determinação e mudança de sexo – aspectos médico-legais”, ed. Revista dos Tribunais, 1993, pág. 115).

Esta insistência e imperatividade de ajuste sexual, característica do transexual primário, aliada à inocuidade do tratamento psicoterápico, é que levou muitos países a admitir o caminho inverso: a mimetização do sexo morfológico, procurando adequá-lo ao sexo psicológico, eliminando assim a causa da repulsa que conduz invariavelmente ao suicídio e à automutilação. Para o transexual primário, a solução é cirúrgica, como a realizada pelo autor, com a eliminação do pênis e do escroto e a construção de uma neo-vagina e vulva, além da implantação de próteses de silicone nas mamas, para dar aparência feminina, e eliminação do pomo de Adão, para retirar qualquer resquício do sexo morfológico.

4. O perito concluiu que, apesar das cirurgias a que se submeteu, o autor é, ainda, do sexo masculino. Tal conclusão, como se viu, baseou-se na presença dos cromossomos "XY".

Sexo, segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, é a "conformação particular que distingue o macho da fêmea, nos animais e nos vegetais, atribuindo-lhes um papel determinado na geração e conferindo-lhe certas características distintivas".

É evidente que no fim do século retrasado, quando principiou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos baseava-se na conformação da genitália. Lembra-se, sempre, de antiga propaganda em que duas crianças, um menino e uma menina, olhavam para o interior de sua roupa para ver as diferenças entre eles. Mas, com o desenvolvimento científico e tecnológico, pode-se afirmar que, hoje, existem vários elementos identificadores do sexo, apontando Tereza Rodrigues Vieira os seguintes: o cromossômico ou genético; o cromatínico, o gonádico, o anatômico, o hormonal, o social, o jurídico e o psicológico ("Direito à adequação de sexo do transexual", *in* Repertório IOB de Jurisprudência, n. 3/96, pág. 51). Adverte Aracy Klabin que qualquer dos critérios poderia ser tomado isoladamente para determinar o sexo da média das pessoas, podendo, no entanto, qualquer deles falhar em relação a alguns indivíduos (*op. cit.*, pág. 201).

No caso em exame, o único elemento dissonante era o sexo psicológico, pois, como transexual primário, o autor acreditava e acredita firmemente ter o sexo feminino, erroneamente envolvido num corpo masculino, que ele alterou. Como transexual e em face da crença firme do seu sexo feminino, o relacionamento sexual ocorre com pessoas do sexo oposto, ou seja, do sexo masculino, podendo-se dizer que o transexual masculino é um heterossexual, do ponto de vista do sexo psicológico.

5. A Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, deixa evidente que, como regra, o assento de nascimento é inalterável. No art. 58 afirma que “o prenome será imutável”, abrindo exceções ao erro de grafia (art. 58, par. único) e aos nomes capazes de expor a ridículo seus portadores (art. 55, par. único). Permitindo a retificação de qualquer outro elemento do assento, mediante ordem do juiz (art. 109), possível a alteração do sexo. Retificar, aí, está no sentido de corrigir, superar o erro.

Examina-se, primeiramente, o pedido de alteração do nome. Neste tema observa-se que, aparentemente, houve a tentativa da mãe do autor, declarante no registro de nascimento, para minorar o problema. O relato feito ao perito indicava que aos 13 (treze) anos o autor passou a vestir-se como menina, e ao efetuar o registro, tendo o autor 13 (treze) anos, a mãe incluiu, no prenome composto, o elemento “Lucimar”, tipicamente feminino, ao lado do elemento “Adão”, rigorosamente masculino. Mas, não se pode negar que o elemento

“Adão” é causa de constrangimento para o autor, podendo expô-lo ao ridículo. Afinal, Adão foi o macho criado por Deus, segundo o Gênesis.

Adverte Spenser Vampre: “Quando pronunciamos, ou ouvimos um nome, transmitidos ou recebemos um conjunto de sons, que desperta em nosso espírito, e no de outrem, a idéia da pessoa indicada, com seus atributos físicos, morais, jurídicos, econômicos, etc. Por isso é lícito afirmar que constitui o nome a mais simples, a mais geral e a mais prática forma de identificação” (“Do nome civil”, ed. F. Briguier & Cia., 1935, pág. 38). Ao ouvirmos o nome “Adão”, a idéia que nos é transmitida é de alguém com atributos masculinos, chocando-nos quando essa expectativa não é correspondida. Até hoje chamamos de “Roberta” o famoso transexual Roberto Gambine Moreira, o qual, apesar de ter obtido sucesso em pedido idêntico feito perante a 8ª Vara da Família do Rio de Janeiro, teve sua pretensão desatendida por força do julgamento da apelação interposta contra a sentença da Dra. Conceição A. Mousnier. É chocante, para qualquer pessoa, referir-se a ele como “Roberto”, o que pode provocar risos e chacotas.

É verdade que essa desconformidade entre o prenome e o aspecto físico somente surgiu em razão das modificações provocadas pela cirurgia plástica e pela forma do autor se vestir e agir no meio social. Mas, como salientou a magistrada citada, “manter-se um ser amorfo, por um lado mulher, psíquica e anatomicamente reajustada, e por outro lado homem, juridicamente, em nada contribuiria para a preservação da ordem social e da moral, parecendo-nos

muito pelo contrário um fator de instabilidade para todos aqueles que com ela contactassem, quer nas relações pessoais, sociais e profissionais, além de constituir solução amarga, destrutiva, incompatível com a vida” (transcrição de Antonio Chaves *in* “Direito à vida e ao próprio corpo”, 1994, pág. 160).

Portanto, ainda que não se admita o erro, não se pode negar que, com o aspecto hoje apresentado pelo autor, o prenome “Adão” o expõe a ridículo, autorizada a sua modificação pelo art. 55, par. único, combinado com o art. 109, ambos da Lei n. 6.515, de 31 de dezembro de 1973, inexistindo qualquer indicação de que a alteração objetive atingir direitos de terceiros. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome “Lucimara” pra se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguida do sobrenome familiar.

A alteração da indicação do sexo necessita exame mais cuidadoso. Obviamente, como concluiu a perícia, as alterações sofridas pelo autor, com a extração do pênis e do escroto, a construção de uma neo-vagina e vulva, a implantação de próteses de silicone nas mamas e a redução do pomo-de-Adão, isto é, da saliência da cartilagem tireóide, não fizeram do autor uma mulher, no aspecto da capacidade de procriação. Dessa forma, a alteração poderá eventualmente viabilizar um casamento inexistente, se o autor contrair núpcias com um homem, já que, por enquanto, o ordenamento jurídico só reconhece o casamento de pessoas de sexos diferentes. Se se adotar, no entanto, como critério distintivo dos sexos o psicológico, aí o casamento

existiria, mas, se o cônjuge ignorar o fato da transexualidade, quando de sua celebração, poderá ser anulado em virtude de erro essencial (Cód. Civil, arts. 218 e 219, I).

Como o erro no assento não existiu, em princípio a alteração não seria possível. No entanto, não se pode ignorar a advertência feita pelo magistrado Ênio Santarelli Zuliani, em brilhante voto vencido proferido na Apelação Cível n. 052.672-4/6, da Comarca de Sorocaba: “Como a função política do Juiz é de buscar soluções satisfatórias para o usuário da jurisdição – sem prejuízo do grupo em que vive –, a sua resposta deve chegar o mais próximo permitido da fruição dos direitos básicos do cidadão (art. 5º, X, da Constituição da República), eliminando proposições discriminatórias, como a de manter, contra as evidências admitidas até por crianças inocentes, erro na conceituação do sexo predominante do transexual”. E, mais adiante, aludindo à dubiedade existente no portador da síndrome de identidade sexual, acrescenta: “A medicina poderá aliviar o peso da dubiedade, com técnicas cirúrgicas. O Estado confia que o sistema legal é apto a fornecer a saída honrosa e deve assumir uma posição que valoriza a conquista da felicidade (‘soberana é a vida, não a lei’, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* “O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma justiça melhor”, AJURIS 57/80), quando livre da ameaça de criar-se exceção ao controle da paz social”.

A tendência que se observa no mundo é a de alterar-se o registro adequando-se o sexo jurídico ao sexo aparente. O jornal “*El Mundo*”, edição de 18 de

março de 2000, anunciou: *“Um juez ordena el cambio de nombre del primer transexual operado por la Seguridad Social”*. Embora a manchete aluda apenas à mudança do nome, a alteração envolveu também o sexo, esclarecendo que o Juizado n. 21, de Primeira Instância de Sevilha – Espanha -, ordenou a alteração do nome e do sexo de Suzana G. G., o primeiro transexual operado na Espanha pela Previdência Social, acrescentando: *“La sentencia recoge que há quedado debidamente acreditado que Susana, antes Antonio, há ‘assumido y ejercitado desde su infancia roles claramente femeninos’, que solo se han manifestado em su comportamiento, relaciones, o forma de vestir, sino que incluso lê llevaron a ‘intentos de mutilación por la aversion y repugnância que sentia hacia sus órganos genitales masculinos, existiendo uma disociación entre tales órganos y sus sentimientos.”*(<http://www.elmundo.es/noticias/2000/3/17/sociedad/953310656/html>).

Já na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, afirmava-se que a dignidade é inerente todos os membros da família humana. E a Constituição em vigor inclui, entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X). Reside aqui o fundamento legal autorizador da mudança do sexo jurídico, pois sem ela, ofendida estará a intimidade do autor, bem como sua honra. O constrangimento, a cada vez que se identifica, afastou o autor de atos absolutamente normais em qualquer indivíduo, pelo

medo da chacota. A busca da felicidade, que é direito de qualquer ser humano, acabou comprometida.

Essa preocupação é que levou esta 5ª Câmara de Direito Privado a admitir a alteração do nome e do sexo no assento de nascimento de H. D. B., também transexual primário. Afirmou o acórdão – que curiosamente manteve a indicação de “transexual” como sendo o sexo do registrado - que “não se pode deixar de reconhecer ao autor o direito de viver como ser humano que é, amoldando-se à sociedade em que quer fazer parte. E não quer viver o autor como marginalizado, como discriminado, num estado de anomia e anomalia. Ele quer simplesmente merecer o respeito de sua individualidade, de ser cidadão, um indivíduo comum” (Apelação Cível n. 86.851.4/7, de São José do Rio Pardo, rei. Des. Rodrigues de Carvalho). E tem levado o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao mesmo caminho (RTJRGS 195/356; Apel. Cível 59517893, rel. Des. João Selistre, julg. Em 28/12/95 pela 3ª Câmara Cível (<http://www.tj.rs.gov.br/jprud/ementas/tjrs>)).

A sugestão do Ministério Público de primeira instância, de se alterar o nome, mantendo-se, todavia, o sexo masculino, é inadmissível. A integração na sociedade depende da acomodação do registro, sendo eventual ressalva – quer indicando o sexo masculino, quer indicando a condição de transexual – ofensora aos direitos fundamentais. A esse respeito, *2nd Circuit U. S. Coutr of New York* admitiu que, segundo a Constituição Americana, os transexuais têm o direito constitucional de manter o sigilo de sua condição

(<http://www.gpac.org/news/html/iyf162/html>). A situação, aqui, é a mesma devido a garantia de resguardo da intimidade.

6. Em consequência, o recurso é provido para se determinar que no assento de nascimento n. **.***, lavrado em ** de ***** de **** às fls. *** do livro A-** do Cartório de Registro Civil do ** ***** ** ***** (SP), seja alterado o nome, de “Adão Lucimar ***** ** *****” para “Lucimara *****”, bem como a indicação do sexo, de “masculino” para “feminino”.

Sem custas.

BORIS KAUFFMANN (Relator) [capa.htmcapa.htm](#)